Die Stellung der Miterben bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer offenen Handelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
– Rechtswissenschaftliche Abteilung –
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Heinz Paul Weißer
aus Stuttgart

1962

7100

Druck: Julius Wagner Stuttgart-Bad Cannstatt Schönestraße 23

Obmann: Prof. Dr. Günter Dürig
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser
Tag der mündlichen Prüfung: 28. 2. 1962

Die Stellung der Miterben bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer offenen Handelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
– Rechtswissenschaftliche Abteilung –
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Heinz Paul Weißer
aus Stuttgart

1962

Druck: Julius Wagner Stuttgart-Bad Cannstatt Schönestraße 23

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Obmann: Prof. Dr. Günter Dürig
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser
Tag der mündlichen Prüfung: 28. 2. 1962

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
§ 1. Der Tod eines Gesellschafters einer OHG (Die Problematik).	1
§ 2. Die Rechtsnatur der Mitgliedschaft einer OHG.	4
1.) Die frühere Auffassung	5
2.) Die neuere Lehre	5
a) Die eigentliche Mitgliedschaft	5
b) Die vermögensmäßige Beteiligung	6
3.) Der Vorzug der neueren Lehre	7
4.) Das Gesetz und die neuere Lehre	9
5.) Die Bedeutung der neueren Lehre für den Tod eines Gesellschafters.	10
I. Teil	
Die Beendigung der Mitgliedschaft durch den Tod eines Gesellschafters.-	12
§ 3. Die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach § 131 Nr. 4 HGB.	13
§ 4. Die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern nach § 138 HGB.	13
§ 5. Die Fortsetzung der Gesellschaft durch die überlebenden Gesellschafter unter Ausschluß oder Beschränkung von Abschichtungsansprüchen.	15
1.) Eine unentgeltliche, durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingte Verfügung zugunsten der Gesellschaft.	15
2.) Ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag.	16
§ 6. Die praktische Bedeutung der Beendigung der Mitgliedschaft.	17
II. Teil	
Die erbrechtliche Fortsetzung der Mitgliedschaft nach dem Tode eines Gesellschafters.	20
§ 7. Die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit der Mitgliedschaft.	20

Seite

§ 8. Die erbrechtliche Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. 23

1.) Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag. 23

2.) Der "erbrechtliche Verfügungstatbestand". 25

a) Die gesetzliche Erbfolge 25

b) Eine Verfügung von Todes wegen 26

3.) Die Übereinstimmung von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht. 26

§ 9. Der Übergang der Mitgliedschaft auf die Erben. 27

1.) Der Übergang auf Grund gesellschaftsrechtlichen Vorgangs. 29

2.) Der Übergang allein der vermögensmäßigen Beteiligung. 30

3.) Die Mitgliedschaft als Vermögensobjekt gemäß § 1922 BGB. 31

4.) Das Gesetz in § 139 HGB schweigt zum Übergang. 32

§ 10. Der Alleinerbe als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters. 33

§ 11. Eine Mehrheit von Erben als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters. 33

1.) Sämtliche Miterben als Nachfolger in die Mitgliedschaft. 34

a) Die Nachfolge der Miterben als Miterbengemeinschaft. 34

b) Die Nachfolge der Miterben als Einzelmitglieder. 36

2.) Ein einzelner Miterbe als Nachfolger in die Mitgliedschaft. 37

a) Die gesellschaftsvertragliche Möglichkeit dieser Regelung. 38

b) Der Zusammenprall dieser gesellschaftsvertraglichen Regelung mit zwingenden erbrechtlichen Normen. (Der Höhepunkt der Problematik) 38

III. Teil

Die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Nachfolge außerhalb der Vererbung. (Umgehung der Problematik) 40

A.) Die Nachfolge in die Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall. 40

Seite

§ 12. Der Gesellschaftsvertrag als Vertrag zugunsten eines Dritten. 40

§ 13. Der Verfügungsvertrag des Gesellschafters mit seinem Nachfolger. 42

1.) Die Bedenken aus § 2301 BGB 43

2.) Die praktische Bedeutung eines Verfügungsvertrags. 44

B.) Die Nachfolge in die Mitgliedschaft durch Eintrittsrecht. 45

§ 14. Die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag 45

1.) Das Recht auf Eintritt 46

2.) Die Pflicht zum Eintritt 46

§ 15. Der Vollzug des Eintritts des Nachfolgers. 47

1.) Das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters 47

2.) Der Eintritt des Nachfolgers 47

3.) Die Rechtslage der Gesellschaft vom Tode bis zum Eintritt 48

§ 16. Die Stellung des Eintrittsberechtigten und der Erben. 50

1.) Ein Alleinerbe als Eintrittsberechtigter 50

2.) Ein Miterbe oder Dritter als Eintrittsberechtigter 50

3.) Das Abschichtungsguthaben des verstorbenen Gesellschafters 54

4.) Die Erben des verstorbenen Gesellschafters. 57

§ 17. Die praktische Bedeutung der Nachfolge durch Eintrittsrecht. 58

§ 18. Die Umdeutung der Vererbungsklauseln in Eintrittsklauseln. 59

IV. Teil

Die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Vererbung. (Lösung der Problematik) 61

A.) Die "erbrechtlichen" Lösungsversuche 62

§ 19. Der Ausschluß der Nachfolge 62

§ 20. Die Nachfolge durch Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft. 63

Seite

§ 21. Die "Teilnachfolge" in Höhe der Miterbenquote 66

1.) Der Lösungsversuch des BGH 67

2.) Der Lösungsversuch von Hueck 69

3.) Kritik an den Lösungen der "Teilnachfolge". 70

B) Die "gesellschaftsrechtlichen" Lösungsversuche 75

§ 22. Die Mitgliedschaft als "gesellschaftsrechtlich gebundenes Zweckvermögen" 75

§ 23. Die Mitgliedschaft als "Sondergut" 77

§ 24. Die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft 80

1.) Das Wesen der Sondererbfolge 82

2.) Die Sondererbfolge bei der Nachfolge sämtlicher Miterben 84

3.) Die Sondererbfolge als rechtsschöpferische Entwicklung aus § 139 HGB 86

4.) Die Sondererbfolge in rechtsvergleichender Sicht. 89

5.) Die geschichtliche Rechtfertigung der Sondererbfolge 97

6.) Zur Dogmatik der Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG 109

V. Teil

Die Stellung der nichtnachfolgeberechtigten Miterben. 111

§ 25. Die Stellung gegenüber der OHG 112

1.) Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft 112

2.) Die Voraussetzungen für Abfindungsansprüche gemäß § 738 BGB liegen nicht vor. 116

§ 26. Die Stellung gegenüber den nachfolgeberechtigten Miterben. 118

1.) Die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft 118

2.) Ausgleichsansprüche gegen den Nachfolgeberechtigten 122

a) Ausgleichsansprüche nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB 123

b) Ausgleichsansprüche aus der "Wertung des § 2301 BGB" 125

Seite

c) Ausgleichsansprüche gemäß §§ 2050 ff, 2315 ff, 2320 ff BGB 127

d) Keine Ausgleichsansprüche wegen fehlender gesetzlicher Norm 128

e) Ausgleichsansprüche aus dem Rechtsgedanken der Gleichbehandlung der Miterben 130

f) Ausgleichsansprüche bei Annahme der Sondererbfolge. 131

Zusammenfassende Schlußbemerkung 134

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am zuletzt angegebenen Ort
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
ff	folgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
HöfeO	Höfeordnung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht

MRVO	Militärregierungsverordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
REG	Reichserbhofgesetz
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHStG	Reichsheimstättengesetz
S.	Seite
vergl.	vergleiche
ZAkfDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht

Schrifttum

I. Einzelabhandlungen und Aufsätze

Buchwald:	"Abtretung von Anteilen an einer Personalgesellschaft" in BB 1955/52 ff
Buchwald:	"Gesellschaftsanteil und Erbrecht" in AcP Band 154 S. 22 ff
Buchwald:	"Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag" in JR 1955/173 ff
Dietrich:	Anmerkung zu RGZ 170/392 in DR 1943/806 ff
Donner:	"Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB" in DR 1943/1205 ff
Donner:	Anmerkung zur Entscheidung des RG in DR 1943/1224 ff
Fellmeth:	"Der Erbe eines Mitglieds einer OHG" Tübinger Dissertation 1931
v. Gierke, Julius:	"Die Fortsetzung der OHG mit den Erben eines Gesellschafters" in Festschrift für Carl Wieland zum 70. Geburtstag, Beiträge zum Handelsrecht, Basel 1934
Groschuff:	Anmerkung zur Entscheidung des KG in DR 1942/731
Haegele:	Hofübergabe und Hofvererbung in den Westzonen, Stuttgart und Köln 1949
Hueck:	"Gesellschaftsvertrag und Erbrecht" in DNotZ 1952/550 ff
Hueck:	Anmerkung zu BGHZ 3/354 ff in JZ 1952/114 ff
Hueck:	Anmerkung zur Entscheidung des LG Bremen in NJW 1954/477 ff
Hueck:	Anmerkung zu BGHZ 13/179 in JZ 1954/505 ff
Hueck:	Anmerkung zu BGHZ 22/186 in JZ 1957/220 ff

Kaufmann: "Die Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung" in JZ 1959/522 ff

Küster: "Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG" in DNotZ 1955/460 ff

Kuntze: "Prinzip und System der Handelsgesellschaften" in ZHR Band 6 S. 177 ff

Lastig: "Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts: IV" in ZHR Band 24 S. 387 ff

Liebisch: "Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters" in ZHR Band 116 S. 128 ff

Merkel: "Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer OHG" in BB 1956/835 ff

Michaelis: "Zur Rechtsstellung des Gesellschaftererben" in ZAkfdR 1943/233 ff

Patzschke: "Probleme in Bezug auf das Weiterleben der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters" in ZHR Band 113 S. 1 ff

Petersen: "Zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Nachfolge von Erben in eine Personalgesellschaft" in JZ 1960/211 ff

Reinicke: "Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht" in NJW 1957/561 ff

Schlicht: "Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklauseln (§ 139 HGB)?" in NJW 1954/984 ff

Schmidt: "Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters" in Gierke's Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Band 15 Breslau 1883

Schneider: Zum Vortrag von Siebert "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG" in BB 1954/1004 ff

Schönle: "Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden OHG-Gesellschafters" in DB 1959/1427 ff

Siebert:	"Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG" in Heft 13 der Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe (Vortrag vom 2. Juli 1954), im folgenden zitiert mit "jur. Studiengesellschaft"
Siebert:	"Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer OHG" in NJW 1955/809 ff
Siebert:	Anmerkung zum Aufsatz von Merkel "Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer OHG" in BB 1956/837 ff
Siebert:	"Nachfolge eines Miterben in die Gesellschafterstellung bei der OHG" in BB 1957/18 ff
Stobbe:	"Miscellen zur Geschichte des deutschen Handelsrechts" in ZHR Band 8 S. 28 ff
Sudhoff:	"Ist die offene Handelsgesellschaft unsterblich?" in DB 59/1391
Tidau:	"Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht" in MDR 1957/641 ff
Tiefenbacher:	"Die Personalgesellschaft und das neue eheliche Güterrecht" in BB 1958/565
Viezens:	"Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit denErben eines Gesellschafters" in ZHR Band 35 S. 91 ff
Weiler:	"Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers" in DNotZ 1952/283 ff
Wolf:	"Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen offenen Handelsgesellschafters" in NJW 1954/1549 ff
Wygodzinski:	"Anerbenrecht" in Handwörterbuch der Staatswissenschaften I. Band, Jena 1923 S. 292 ff
Zunft:	"Unklarheiten zu § 139 HGB" in NJW 1957/1129 ff

II. Lehrbücher

Bartholomeyczik:	Erbrecht, 4. Auflage, München und Berlin 1960
Crome:	Grundzüge des römischen Privatrechts, Bonn 1920
Dölle:	Lehrbuch des Reichserbhofrechts, 2. Auflage, München und Berlin 1939
Enneccerus-Lehmann:	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
Gengler:	Das deutsche Privatrecht, 4. Auflage, Erlangen 1892
v. Gierke, Julius:	Handels- und Schiffahrtsrecht, 6. Auflage, Berlin 1949
Haupt-Reinhardt:	Gesellschaftsrecht, Tübingen 1952
Hübner:	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Auflage, Leipzig 1930
Hueck:	Das Recht der OHG, 2. Auflage, Berlin 1952
Hueck:	Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, München und Berlin 1959
Jörs-Kunkel-Wenger:	Römisches Privatrecht, 3. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
Kaser:	Das römische Privatrecht, München 1955
Kipp-Coing:	Erbrecht, 10. Auflage, Tübingen 1954 und 11. Auflage, Tübingen 1960
Larenz:	Lehrbuch des Schuldrechts I, 4. Auflage, München und Berlin 1960
Lehmann:	Handelsrecht II. Teil: Gesellschaftsrecht, Berlin und Frankfurt a.M. 1949
Mitteis:	Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Auflage, München und Berlin 1954
Planitz:	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949.
Saure:	Das Reichserbhofgesetz, 5. Auflage, Berlin 1938
Schröder-v. Künßberg:	Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage, Berlin und Leipzig 1932

v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Berlin 1928

Siber: Römisches Recht II. Römisches Privatrecht, Berlin 1928

Sohm-Mitteis: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage, München und Leipzig 1923

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 5. Band, 2. Auflage, Berlin 1885

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Auflage, Düsseldorf 1873

Würdinger: Gesellschaften I. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937

III. Kommentare

Baumbach-Duden: Kommentar zum HGB, 13. Auflage, München und Berlin 1959

Boehmer in Staudinger: Kommentar zum BGB II. Band 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1954

Flechtheim in Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB II. Band 2. Hälfte, 3. Auflage, Mannheim Berlin Leipzig 1932

Geiler in Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB II. Band 1. H älfte, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932

Lange-Wulff: Kommentar "Die Höfeordnung", 4. Auflage, Celle 1954

Geiler in Staudinger: Kommentar zum BGB II. Band 3. Teil, 10. Auflage, Berlin 1937

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB: V. Band, 10. Auflage, Berlin 1956

Schlegelberger-Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder: Kommentar zum HGB, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1955

Wagemann-Hopp: Reichserbhofgesetz, Berlin und Leipzig 1933

Weipert in Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB Band II, 2. Auflage, Berlin 1950

Wöhrmann: "Das Reichserbhofrecht", Berlin 1934

Rechtsprechung

RG vom 17.3.86
= RGZ 16/40

RG vom 7.2.12
= JW 12/475

RG vom 12.1.1917
= "Das Recht" 17 Nr.457

RG vom 15.12.22
= RGZ 106/65

RG vom 9.11.26
= JW 27/1201

RG vom 23.10.34
= RGZ 145/289
= JW 35/417

RG vom 5.12.35
= DNotZ 36/209

RG vom 11.12.36
= RGZ 153/277

RG vom 23.1.41
= DR 41/1084
= HRR 41/387

RG vom 4.3.43
= RGZ 170/392
= DNotZ 43/203
= DNotZ 44/91
= DR 43/806
= ZAfdR 43/235

RG vom 9.9.43
= RGZ 171/328
= DR 43/1228

RG vom 13.9.43
= DR 43/1224

BGH vom 10.11.51
= BGHZ 3/354
= JZ 3/354
= BB 52/36
= MDR 52/159
= NJW 52/178
= JR 52/24

BGH vom 8.10.53
= BB 53/926
= JZ 54/54

BGH vom 28.4.54
= BGHZ 13/179
= JZ 54/503
= DNotZ 54/407
= BB 54/486
= NJW 54/1155
= GmbH Rundschau 54/106

BGH vom 22.11.56
= BGHZ 22/186
= NJW 57/181
= JZ 57/220
= DNotZ 57/405
= BB 57/9

BGH vom 6.11.58
= NJW 59/192
= MDR 59/104

BGH vom 11.5.59
= NJW 59/1433
= MDR 59/639
= BB 59/574
= DB 59/649

KG vom 14.10.32
= HRR 33 Nr. 815
= JW 33/119

KG vom 21.2.35
= JW 35/1794
= JFG 12/211

KG vom 4.12.41
= DR 42/731

KG vom 19.3.42
= DR 42/973

KG vom 21.4.55
= DNotZ 55/418

OLG Hamburg vom 29.7.54
= MDR 55/43

OLG Bamberg vom 31.8.55
= MDR 56/41

LG Bremen vom 27.10.53
= NJW 54/477

Einleitung

§ 1. Der Tod eines Gesellschafters einer OHG (Die Problematik)

"Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst durch den Tod eines Gesellschafters", das ist die Regelung des Gesetzes in § 131 Nr. 4 HGB. Diese Regelung der Beendigung der Gesellschaft findet ihre Grundlage in der Rechtsnatur der OHG als reiner Personalgesellschaft: Sie beruht auf der engen, durch den Gesellschaftsvertrag begründeten persönlichen Verbundenheit der Mitglieder, auf dem gegenseitigen Vertrauen, der persönlichen Mitarbeit, der Tüchtigkeit und Einsatzbereitschaft ihrer Gesellschafter und erfordert daher einen gefestigten Mitgliederbestand.
Eine derartige ausnahmslose Beendigung und Auflösung der OHG beim Tod eines Gesellschafters ist aber nicht immer geeignet, den Interessen der Beteiligten in vollem Umfang Rechnung zu tragen. 1). Eine OHG ist vielleicht im Laufe ihrer Entwicklung von der kleinen, leicht liquidierbaren Gesellschaft zu einem bedeutenden Unternehmen mit grossem Anlagekapital herangewachsen. Die Gesellschafter werden das natürliche Verlangen haben, ihr mitunter durch grosse persönliche Mühe und vielleicht durch manche Entbehrungen endlich zum Blühen gebrachtes Unternehmen zu erhalten. Die Zerstörung bedeutender wirtschaftlicher Güter, der Verlust an Arbeitsplätzen und die Vernichtung eines in das volkswirtschaftliche Gesamtgefüge eingegliederten Betriebs sind für die Allgemeinheit nicht ohne Bedeutung. Um diese berechtigten Interessen nicht zu ignorieren, ermöglicht das Gesetz den Fortbestand der OHG und hält an dem Grundsatz der Auflösung der OHG beim Tod eines Gesellschafters nur

---

1) Wolf in NJW 54/1549

fest, "sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderes sich ergibt" 2). Diesen 2. Halbsatz des § 131 Nr. 4 HGB wird sich ein hinreichend überlegter und durchdachter Gesellschaftsvertrag zunutze machen, um mit Hilfe einer eingebauten Fortsetzungsklausel den Bestand der OHG zu sichern. Merkel 3) bezeichnet deshalb auch eine solche Fortsetzungsklausel als wichtigste Bestimmung eines Gesellschaftsvertrages. Aber nicht nur in der bloßen Erhaltung des Unternehmens über seinen Tod hinaus wird das Interesse eines Gesellschafters zu suchen sein. Diesem Gedanken allein wird schon durch die Regelung des § 138 HGB Rechnung getragen, der die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern vorsieht, sofern dies im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist. Vielmehr wird es der verständliche Wunsch eines jeden Gesellschafters sein, nach seinem Tode das von ihm geschaffene Werk seinen Erben zu hinterlassen und das Unternehmen seiner Familie zu erhalten. Die häufigste Gestaltung der Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag wird daher von der Möglichkeit des § 139 HGB Gebrauch machen, daß die OHG beim Tod eines Gesellschafters unverändert mit seinen Erben fortgesetzt werden soll: Die Mitgliedschaft in der OHG soll vererbt werden.

In diesem Zusammenhang treffen nun Rechtsnormen aus zwei verschiedenen Rechtsgebieten aufeinander, die vom Gesetzgeber nicht genügend aufeinander abgestimmt sind. Das E r b r e c h t regelt in meist zwingenden Normen die Rechtsverhältnisse am Vermögen eines Menschen im Falle seines Todes. Dabei hat insbesondere der Grundsatz der Universalsukzession, der Übergang des Vermögens als Ganzes, grundlegende Bedeutung. Das G e s e l l s c h a f t s r e c h t ist das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen. Es wird weitgehend vom Parteiwillen gestaltet und beruht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dabei kommt es zu Kollisionen, weil die zwingende Typizität des Erbrechts mit all seinen Prinzipien und Grundsätzen nicht immer mit

---

2) § 131 Nr. 4, 2. Halbsatz HGB

3) BB 56/835

den dispositiven Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaftsverträge in Einklang gebracht wird. Gesellschaftsrecht und Erbrecht stoßen aufeinander.

Mit diesem Zusammenstoß von gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Normen beschäftigen sich Wissenschaft und Rechtsprechung schon lange, ohne aber bisher zu eindeutigen Ergebnissen gekommen zu sein. Im einzelnen ist jedenfalls noch manches ungeklärt, wie denn überhaupt die auf dem Grenzgebiet zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht entstehenden Fragen zu den schwierigsten und umstrittensten des ganzen Gesellschaftsrechts gehören 4). Welchen Rechtsnormen soll der Vorrang vor den andern eingeräumt und welche Grundsätze des einen sollen zugunsten des anderen Rechtsgebietes durchbrochen werden ?

Die Literatur hat sich in den letzten Jahren in zunehmendem Maße mit diesen Problemen befasst, insbesondere nachdem auch der BGH in einem Urteil des II. Zivilsenats vom 22.11.1956 5) zum ersten Male diese Fragen ausführlich behandelt hat. Ob diese Entscheidung des höchsten Gerichts w e s e n t l i c h zur Klärung der Probleme beigetragen hat, mag zunächst dahingestellt bleiben. Hueck 6) bezweifelt das jedenfalls für eine Reihe von Punkten und auch Siebert meint 7), "daß die Entscheidung Zweifel offen lässt", versucht aber, den BGH damit zu entschuldigen, "daß diese Zweifel angesichts der Vielschichtigkeit der Probleme nicht verwunderlich seien". Der große Schlußstrich unter eine endgültige Lösung der Probleme ist jedenfalls mit der Entscheidung des BGH noch lange nicht gezogen.

Die folgenden Erörterungen können nun keineswegs für sich in Anspruch nehmen, daß sie alle in diesem Zusammenhang sich ergebenden Streitfragen der Konkurrenz

---

4) Hueck in JZ 57/222
5) BGHZ 22/186 ff
6) Hueck in JZ 57/222
7) Siebert in BB 57/18

von Gesellschaftsrecht und Erbrecht behandeln oder daß sie gar eine endgültige Lösung der Probleme darstellen wollen. Hier kann nur der bescheidene Versuch unternommen werden, den Weg für eine zweckmäßige und vor allem dogmatisch und rechtssystematisch befriedigende Lösung der Fragen im Interesse aller Beteiligten, insbesondere aber aus der Sicht der Erben aufzuzeigen und dabei das für und wider der verschiedenen Meinungen und Lösungsversuche kritisch zu beleuchten.

Auf welchem einfachen Lebenssachverhalt diese rechtlich so schwierigen und umstrittenen Probleme der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG beruhen, macht der Fall deutlich, der den ganzen nun folgenden Erörterungen zugrunde liegt, an dem die Einzelfragen fast vollkommen aufgezeigt werden können und von dem man sich deshalb durch die ganzen Ausführungen begleiten lassen soll:

"Nach dem Tode eines Gesellschafters soll die XYZ-OHG mit dessen ältestem Sohn fortgesetzt werden", so lautet die Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag. Beim Tode des Gesellschafters X sind als gesetzliche Erben seine 3 Söhne A, B und C vorhanden.

§ 2. Die Rechtsnatur der Mitgliedschaft einer OHG

Bevor in die Erörterungen über die eigentlichen Probleme der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG eingetreten werden kann, müssen zunächst einige kurze Bemerkungen über die Mitgliedschaft als solche gemacht werden. Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Gesellschafters setzt nämlich voraus, daß über die Rechtssituation v o r dem Tode des Gesellschafters, über die Grundlagen und die Rechtsnatur der Mitgliedschaft Klarheit besteht. Können sich doch hier bereits Erbrecht und Gesellschaftsrecht ganz entscheidend berühren.

1.) Die herkömmliche Auffassung über den Inhalt der Mitgliedschaft in einer OHG vollzog eine Aufgliederung in der Weise, daß sie die rein p e r s o n e n r e c h t l i c h e n von den v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e n Bestandteilen zu trennen versuchte 8). Die persönlichen Mitverwaltungsrechte wie Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsbefugnis, Stimmrechte u.a. und die entsprechenden Pflichten, Mitarbeitspflicht, Treuepflicht u.s.w. wurden den Vermögensrechten, dem Entnahmerecht, den Ansprüchen auf Gewinnanteil und Aufwendungsersatz gegenübergestellt.

2.) Diese an sich w i l l k ü r l i c h e Trennung reicht aber für die Lösung der Probleme nicht aus, die sich aus der Frage ergeben, wie sich der Tod eines Gesellschafters auf dessen Mitgliedschaft auswirkt. Das hat Siebert, der sich mit den hier zu behandelnden Streitfragen mehrfach eingehend auseinandergesetzt hat, zuerst erkannt 9). Er nimmt deshalb eine von der herkömmlichen Meinung abweichende Aufgliederung der Mitgliedschaft vor:

a) Die eigentliche Mitgliedschaft oder qualitative Berechtigung, die sich aus der persönlichen Stellung des Gesellschafters in der OHG und aus seiner Funktion als Mitgesamthänder ergibt. Gemeint sind damit diejenigen Rechte und Pflichten, die höchstpersönlicher Natur sind und die jeder einzelne Gesellschafter durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages auf Grund seiner Mitgliedsstellung erwirbt. Dazu gehören Verwaltungsrechte wie Geschäftsführungsbefugnis (§ 114 HGB), Vertretungsbefugnis (§ 125 HGB), Stimmrechte (§ 119 HGB), Kontrollrechte (§ 128 HGB), Vermögensrechte wie Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 110 HGB), Anspruch auf Gewinn-

---

8) so z.B. Hueck: Recht der OHG S. 166

9) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 5; vergl. auch Schneider in BB 54/1004

anteil (§ 120 HGB)), Recht auf Entnahme (§ 122 HGB), die Gesamthandbeteiligung, d.h. die dingliche Beteiligung am Gesamthandvermögen der Gesellschaft, aus der sich eine Mitverfügungsbefugnis ergibt (§§ 718 I und 2040 BGB analog) und die Pflichten wie die Mitarbeitspflicht (§ 114 HGB), die Einlagepflicht (§ 706 BGB) und die Treuepflicht. Eine genauere Regelung und Festlegung der Einzelheiten unterliegt der freien Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, wobei eine Reihe von Rechten und Pflichten eingeschränkt oder gar ganz entzogen werden können.

b) Die vermögensmäßige Beteiligung oder quantitative Berechtigung, die im Kapitalanteil zum Ausdruck kommt. Sie ist in erster Linie ein w i r t s c h a f t l i c h e r Begriff, der rechtlich zunächst gar nicht erfasst werden kann. Er gibt nur den Umfang des W e r t s an, in dessen Höhe der Gesellschafter v e r m ö g e n s m ä s s i g an der OHG beteiligt ist. Die "quantitative Berechtigung" wird rechtlich nur interessant in 2 Fällen, einmal als Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben im Falle der Liquidation (§ 155 HGB), zum andern als Abschichtungsanspruch im Falle des Ausscheidens des Gesellschafters aus einer weiterbestehenden OHG (§§ 105 II HGB/ 738 I, 2 BGB).
Zu beachten ist dabei, daß nach § 717, 2 BGB die Abtretung dieser Vermögensansprüche ausdrücklich zugelassen ist, während der Kapitalanteil a l s s o l c h e r kein selbständig übertragbares und vererbliches Recht darstellt 10).
Dieser Kapitalanteil ist nun aber nicht am Kapitalkonto eines Gesellschafters einfach buchmäßig abzulesen. Die zahlenmäßige Höhe des Kapitalkontos wird in der Regel dem wahren Wert der Beteiligung nicht entsprechen. Nur aus dem Verhältnis der einzelnen Kapitalkonten der Gesellschafter zueinander ergibt sich die Quote, mit

---

10) RG in DR 41/1084

der jeder einzelne Gesellschafter real am Gesamtvermögen der Gesellschaft beteiligt ist 11). Kapital - anteil und Kapitalkonto werden deshalb auch als bloße Ziffern bezeichnet 12).

3.) Der entscheidende Punkt in der eben dargestellten Aufteilung der Mitgliedschaft nach Siebert ist die s c h a r f e T r e n n u n g v o n v e r m ö g e n s - m ä ß i g e r B e t e i l i g u n g - Kapitalanteil - und M i t g e s a m t h ä n d e r f u n k t i o n des Gesellschafters 13), die die herkömmliche Auffassung nicht in der Weise durchgeführt hat, wie sie für die Lösung der Probleme der Nachfolge in die Mitgliedschaft notwendig ist. Die Mitgesamthänderstellung hat für den Gesellschafter keine zahlenmäßige Bedeutung. Sie ist eine reine Mitverfügungsberechtigung, die materiell nicht in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters steht. Deshalb setzt auch die gesamthänderische Mitberechtigung nicht notwendig eine kapitalmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen voraus. Auch der Gesellschafter mit Kapitalkonto 0

---

11) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 7. Auch das RG sieht einen "Verteilungsmaßstab" nur im Vergleich der "laufenden Kapitalanteile", den es vom "abschliessenden Kapitalanteil" unterscheidet, wie es die Vermögensansprüche aus dem Kapitalanteil bezeichnet. Demgegenüber kann die Kritik Buchwalds in JR 55/173 nicht durchgreifen, daß Sieberts obige Feststellung wohl für Kapitalgesellschaften Anwendung fände, für eine Personalgesellschaft aber nicht zutreffe.

12) So von Gierke: Handels- und Schiffahrtsrecht S. 178 und Hueck: Recht der OHG S. 146, der von einer Rechnungsziffer spricht, die den Wert der jeweiligen wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck bringen soll.

13) Diesen Unterschied hat auch das RG a.a.O. schon herausgearbeitet, ohne jedoch von der terminologisch wenig glücklichen Formulierung des Gesetzes "Anteil am Gesellschaftsvermögen" in § 738 BGB loszukommen; Verwechslungen von Kapitalanteil und Gesamthänderstellung waren damit nicht vollkommen ausgeschlossen.

- bei ihm decken Einlagen und Gewinn den Verlust und die Entnahmen gerade ab - oder gar mit negativem Kapitalkonto - er hat durch Ausübung des Entnahmerechts sein Kapitalkonto überzogen - ist Mitgesamthänder. Die Mitgesamthänderfunktion hat mitgliedschaftsrechtliche Bedeutung, während sie für die Frage der wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters unerheblich ist 14).

Nur diese Berechtigung als Mitgesamthänder, die das Gesetz unglücklicherweise als Anteil am Gesellschaftsvermögen bezeichnet 15), wächst beim Ausscheiden eines Gesellschafters - und zwar n u r beim Ausscheiden - den fortsetzenden Gesellschaftern zu. Dadurch steigert sich aber nur die Rechts- und Verfügungsmacht der fortsetzenden Gesellschafter an dem gleichgebliebenen Gesamthandvermögen durch den Wegfall der einen, die andern bisher beschränkenden Mitberechtigung; ein Anfall an Vermögensobjekten jedoch an die fortsetzenden Gesellschafter findet nicht statt 16). Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes, das nicht von Anwachsung sprechen würde, wenn den übrigen Gesellschaftern lediglich ein zahlenmäßig auszudrückender Wert zufallen würde. Der Kapitalanteil, d.h. die quantitative wirtschaftliche Beteiligung findet dagegen nur in einem Abschichtungsanspruch ihren Ausdruck. Wirtschaftlich betrachtet sieht das so aus, daß der Kapitalanteil unter Verwandlung in einen Abschichtungsanspruch aus seiner gesellschaftlichen Gebundenheit herausfällt, während die Mitgliedschaft des ausscheidenden Gesellschafters

---

14) Küster in DNotZ 56/460
15) § 738 I, 1 BGB
16) Hueck: Recht der OHG S. 288

erlischt 17).

4.) Auch der Gesetzgeber geht erkennbar von dieser Aufgliederung in eine qualitative und eine quantitative Berechtigung aus. Das ergibt sich einmal aus §§ 105 II HGB, 717 1 BGB, in dem die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis der Gesellschafter gegeneinander, d.h. aus der eigentlichen Mitgliedschaft für grundsätzlich unübertragbar erklärt sind, während in Satz 2 des § 717 BGB Ansprüche, die sich aus der Umwandlung des Kapitalanteils ergeben, neben den Ansprüchen aus Geschäftsführung und Gewinnanteil, die keine oder nur geringe Bedeutung für das persönliche Gesellschaftsverhältnis haben und deshalb abgetreten werden können, davon ausgenommen sind. Zum andern versuchte das Gesetz, den Unterschied Mitgesamthänderstellung - Kapitalanteil in § 738 BGB klar herauszuarbeiten; dieser Versuch mußte jedoch von Anfang an an der unglücklichen Terminologie scheitern. Indem das bloße Mitgesamthändersein als "Anteil am Gesellschaftsvermögen" bezeichnet wird, entsteht der Eindruck, daß es sich hier um einen quantitativen quotenmäßigen Anteil am Vermögen der Gesellschaft handelt, während tatsächlich nur die Mitberechtigung des Gesellschafters an der Gesamthand gemeint ist 18).

---

17) Wenn Buchwald in JR 55/174 behauptet, das Gesetz gehe von der einfachen Vorstellung aus, daß die gesamte Vermögensbeteiligung den andern Gesellschaftern anwächst und daß dafür regelmäßig ein Geldanspruch der Erben gegen diese anderen Gesellschafter entsteht, so verkennt er gerade den wesentlichen Unterschied zwischen Mitgesamthänderfunktion und wirtschaftlicher quantitativer Beteiligung. Dagegen geht Schönle in DB 59/1427 von der Unterscheidung dingliche Mitberechtigung - wirtschaftliche Beteiligung aus, meint aber, daß die dingliche Mitberechtigung selbst in einem schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die OHG umgewandelt wird.

18) Siebert: jur Studiengesellschaft S. 6, Hueck: Recht der OHG S. 288, Staudinger-Geiler zu § 736 BGB Anm. 2.

Des weiteren ist nach § 135 HGB dem Gläubiger des Gesellschafters der Zugriff auf das erlaubt, "was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". Das Gesetz geht also hier deutlich von dem Unterschied zwischen Gesamthandberechtigung und wirtschaftlicher Beteiligung aus, indem es dem Gläubiger gestattet, die Gesellschaft zu kündigen und sich aus dem in ein Auseinandersetzungsguthaben verwandelten Kapitalanteil zu befriedigen, ohne ihm einen Zugriff auf irgend welche aus der eigentlichen Mitgliedschaft fließenden Rechte einzuräumen 19).

5.) Diese hier vorgenommene Aufgliederung der Mitgliedschaft einer OHG in "eine eigentliche Mitgliedschaft" und in eine "vermögensmäßige Beteiligung" hat nun gerade ihre Bedeutung für die Probleme, die der Tod eines Gesellschafters auslöst. Insbesondere vollzieht auch das Gesetz die erörterte Trennung von quantitativer und qualitativer Berechtigung nur, soweit es sich um das A u s s c h e i d e n eines Gesellschafters handelt, weil dabei ja die eigentliche Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen erlischt, seine vermögensmäßige Beteiligung aber als Abschichtungsguthaben übrig bleibt.

Die Mitgliedschaft in einer OHG ist aber, von diesen Tatbeständen abgesehen, als einheitliches Rechtsverhältnis zu betrachten, das sich aus dem Wesen und der Rechtsnatur der OHG als Personalgesellschaft ergibt, dessen wesentliche Grundlage die gemeinsame Beteiligung der Gesellschafter an dem von ihnen betriebenen Handelsgewerbe und das ganz auf die persönliche vertrauensvolle Zusammenarbeit ausgerichtete Verhältnis ist. Auch die vermögensmäßige Beteiligung - die quantitative Berechtigung, der Kapitalanteil - ist daher wesensmäßig so eng mit der ganzen Mitgliedschaft verbunden, daß sie nicht von ihr losgelöst und selbständig behandelt

---

19) Ähnlich Schlicht in NJW 54/985

werden kann 20), soweit es sich nicht um das Erlöschen der eigentlichen Mitgliedschaft und einem dadurch bedingten Freiwerden der Kapitalbeteiligung und Umwandlung in ein Abschichtungsguthaben handelt. Im übrigen aber muß eine derartige Aufgliederung der Mitgliedschaft der Rechtsnatur der OHG widersprechen; die M i t g l i e d s c h a f t kann nur als e i n h e i t l i c h e s R e c h t s v e r h ä l t n i s angesehen werden.

---

20) Vergl. BGH in JZ 54/54, BGH in JZ 54/503 und die Anmerkung dazu von Hueck, Liebisch in ZHR Bd. 116 S. 135.

I. Teil

Die Beendigung der Mitgliedschaft durch den Tod eines Gesellschafters

Eine Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG als Ganzes findet nicht statt, wenn die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters aufgelöst (§ 131 Nr. 4 HGB) oder unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird (§ 138 HGB). Dabei muß die eigentliche Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters, seine persönliche Stellung, seine Mitgesamthänderfunktion erlöschen. Die vermögensmäßige Beteiligung aber, die zwar nicht notwendig Bestandteil der Mitgliedschaft zu sein braucht, deren wirtschaftlich praktische Bedeutung jedoch für die Rechtsstellung des Gesellschafters in einer OHG keineswegs verkannt werden soll, stellt beim Ausscheiden eines Gesellschafters mindestens in ihrer Gestalt als Auseinandersetzungsguthaben oder Abschichtungsanspruch einen Vermögenswert dar. Dieser Vermögenswert aber gehört beim Ausscheiden des Gesellschafters zu seinem Vermögen und muß daher bei seinem Tod auch im Erblasservermögen bleiben, das den Erben des verstorbenen Mitglieds der OHG ipso iure zufällt. Die vermögensmäßige Beteiligung also wird mindestens vom Erbrecht erfasst und unterliegt erbrechtlichen Normen 1).

---

1) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 8 und Schneider in BB 54/1004. Missverständlich ist es aber, wenn Siebert von einer "Nachfolge in den bloßen Vermögenswert der Beteiligung" spricht, weil der Eindruck entstehen kann, als ob den Erben des verstorbenen Gesellschafters die Mitgliedschaft in der OHG in vermögensrechtlicher Hinsicht erhalten bleibt.

§ 3. Die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach § 131 Nr. 4 HGB

Wird die Gesellschaft nach § 131 Nr. 4 HGB durch den Tod eines Gesellschafters a u f g e l ö s t 2), so findet nach § 145 HGB die Liquidation statt. Die OHG verwandelt sich in eine Liquidationsgesellschaft nach § 156 HGB, in der die Erben des verstorbenen Gesellschafters neben den überlebenden Gesellschaftern Mitglieder werden und zwar so, daß die Erben in ihrer Verbundenheit als Erbengemeinschaft 3) die dem Erblasser-Gesellschafter zustehende Stellung in der Liquidation einnehmen. Nach § 146 I, 2 HGB haben sie einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Der Zweck der Liquidationsgesellschaft ist nur die Auseinandersetzung, die Flüssigmachung des in der Mitgliedschaft steckenden Vermögenswerts, weshalb auch Erbengemeinschaft und überlebende Gesellschafter in der Liquidationsgesellschaft gleichberechtigt Rechte und Pflichten haben.

§ 4. Die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern nach § 138 HGB

Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters u n t e r d e n ü b r i g e n G e s e l l s c h a f t e r n f o r t g e s e t z t werden soll. Gesellschaftsrechtlich ergibt sich die Zulässigkeit einer derartigen Fortsetzungsklausel aus § 138 HGB, wobei sie die Fortsetzung unmittelbar anordnen kann oder aber den überlebenden Gesellschaftern nur ein Recht gewähren will,

---

2) Diese Vorschrift läßt sich historisch aus dem Vorbild der römisch-rechtlichen Societas erklären.

3) RGZ 106/65; Hueck: Recht der OHG S. 221; Schlegelberger-Gessler zu § 131 HGB Anm. 23; Kipp-Coing: Erbrecht S. 386.

die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen 4). Die eigentliche Mitgliedschaft, die qualitative Berechtigung des Gesellschafters erlischt dann mit seinem Tode, er scheidet aus der OHG aus. Sein "Anteil am Gesellschaftsvermögen", d.h. seine gesamthänderische Mitberechtigung wächst nach §§ 105 II HGB, 738 I BGB den überlebenden Gesellschaftern an. Sein Kapitalanteil, seine quantitative Berechtigung verwandelt sich dagegen in einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch 5), der nach § 1922 BGB auf den Alleinerben oder die Erbengemeinschaft übergeht, also nach allgemeinen Grundsätzen vererbt wird 6). Der Anspruch richtet sich gegen die OHG (§ 124 HGB) und zusätzlich gegen die überlebenden Gesellschafter (§ 128 HGB).

Die Entstehung dieser Ansprüche erklärt sich daraus, daß mit der Beendigung der Mitgliedschaft durch den Tod des Gesellschafters dessen vermögensmäßige, wirtschaftliche Beteiligung jetzt in Form der Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben oder das Abschichtungsguthaben rechtliche Bedeutung erlangt. Diese rein vermögensrechtlichen Ansprüche fallen in den Nachlass des Erblasser-Gesellschafters, werden bei einer Erbengemeinschaft zum Gegenstand der Erbauseinandersetzung und unterliegen dem Zugriff der Nachlaßgläubiger.

---

4) Hueck in DNotZ 52/552

5) Buchwald in JR 55/174 bezeichnet diese Umwandlung der vermögensmäßigen Beteiligung in einen Abfindungsanspruch als eine nicht dem Gesetz entsprechende Künstelei. Wenn er dann glaubt, das Gesetz gehe von der einfachen Vorstellung aus, daß die gesamte Vermögensbeteiligung den andern Gesellschaftern anwächst und daß dafür ein Geldanspruch der Erben gegen diese andern Gesellschafter entsteht, so verwischt er eben die scharfe Trennung von Mitgesamthänderstellung und vermögensmäßiger Beteiligung, die er doch kurz zuvor anerkennt.

6) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 9

§ 5. Die Fortsetzung der Gesellschaft durch die überlebenden Gesellschafter unter Ausschluß oder Beschränkung von Abschichtungsansprüchen

Im Gesellschaftsvertrag kann nun bestimmt sein, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die OHG unter B e s c h r ä n k u n g o d e r g a r A u s s c h l u ß v o n A b s c h i c h t u n g s a n s p r ü c h e n fortgesetzt werden soll 7). Diese Bestimmung wird in der Regel den Zweck verfolgen, einen Teil des in der Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters steckenden Wertes oder gar den Gesamtwert der Gesellschaft zu erhalten und eine wirtschaftliche Schwächung der OHG durch die Belastung mit der Auszahlung eines Abfindungsanspruches zu vermeiden.

1.) Siebert 8) sieht in einer derartigen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag eine u n e n t g e l t l i c h e , durch den Tod des Gesellschafters a u f s c h i e b e n d b e d i n g t e Verfügung zugunsten der Gesellschaft oder der fortsetzenden Gesellschafter, weil der Kapitalwert den Erben und Nachlaßgläubigern bewusst entzogen und der Gesellschaft, d.h. den fortsetzenden Gesellschaftern zugewendet werde. Diese Zuwendung wäre darin zu erblicken, daß der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auf den ihm an sich zustehenden vollen Abschichtungsanspruch teilweise oder ganz verzichtet. Eine solche Verfügung wäre nach § 2301 BGB dann als Rechtsgeschäft unter Lebenden anzusehen, wenn sie bereits zu Lebzeiten des Erblasser-Gesellschafters vollzogen ist. Ein nicht vollzogenes Schenkungsversprechen bedürfte zu seiner Wirk-

---

7) Reinicke in NJW 57/562

8) jur. Studiengesellschaft S. 10, vergl. auch Wolf in NJW 54/1551

samkeit der Form einer Verfügung von Todes wegen (§ 2301 I BGB), die aber der Gesellschaftsvertrag nicht hat. Nun sieht aber die herrschende Meinung 9) auch aufschiebend bedingte Zuwendungen des Erblassers als bereits zu Lebzeiten vollzogen an, sofern er zu Lebzeiten insofern schon ein Opfer gebracht hat, als er sich selbst durch die aufschiebend bedingte Verfügung in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt hat, weil er nach § 161 BGB über den betreffenden Gegenstand nicht mehr rechtswirksam anderweitig verfügen kann 10). Diese Konstruktion einer unentgeltlichen Verfügung zugunsten der Mitgesellschafter dürfte aber nur anzuwenden sein, wenn die Fortsetzungsklausel mit den überlebenden Gesellschaftern unter Beschränkung oder Ausschluß von Abfindungsansprüchen nur für den Tod des e i n e n , b e s t i m m t e n Gesellschafters X im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde. Dann erhalten die überlebenden Gesellschafter Y und Z in der Tat eine besondere Zuwendung, die durch die aufschiebende Bedingung des Todes des X bereits zu seiner Lebzeit vollzogen war.

2.) Demgegenüber muß eine Vereinbarung, die die Fortsetzung der OHG mit den überlebenden Gesellschaftern unter Beschränkung oder Ausschluß von Abfindungsansprüchen anordnet, als g e g e n s e i t i g e r e n t g e l t l i c h e r V e r t r a g angesehen werden, soweit sie auf den Tod eines j e d e n Gesellschafters in der OHG Anwendung findet 11). Es wird heute kaum noch bestritten, daß der Gesellschaftsvertrag als Ganzes ein gegenseitiger Vertrag ist. Die überwiegende Meinung und das RG anerkennen die Rechts-

---

9) Kipp-Coing: Erbrecht S. 337 ff; Staudinger-Boehmer: Einleitung zum Erbrecht § 26 An. 12, 16; Bartholomeyczik: Erbrecht S. 364.

10) vergl. Bartholomeyczik a.a.O.

11) Buchwald in AcP Bd. 154 S. 22 und JR 55/174, Reinicke in NJW 57/562.

natur des Gesellschaftsvertrages als gegenseitigen Vertrag. Die entgeltliche Gegenseitigkeit einer derartigen für den Tod eines jeden Gesellschafters eingreifenden Vereinbarung ist jedoch auf keinen Fall zu verkennen. Jeder Gesellschafter erhält die wirtschaftlichen Werte der andern, wenn er sie überlebt und verliert seine vermögensmäßige Beteiligung, wenn er zuerst stirbt. Jeder Gesellschafter hat die Chance, die übrigen Gesellschaftsanteile zu erwerben und ist, als Gegenleistung hierfür, das Risiko eingegangen, seine Anteile zu verlieren 12). Jeder Gesellschafter ist also mit einer derartigen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ein entgeltliches Geschäft unter Lebenden eingegangen, wobei es gleichgültig sein kann, ob dieses Geschäft für seine Erben und Nachlaßgläubiger Nachteile mit sich bringt - wie in unserem Fall - oder nicht. Das Problem des § 2301 BGB taucht also hier gar nicht auf, da es sich bei einer derartigen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag um ein aleatorisches Geschäft des Gesellschafters handelt, das durch seinen Tod aufschiebend bedingt ist.

§ 6. Die praktische Bedeutung der Beendigung der Mitgliedschaft

Diese bisher erörterten Gestaltungen, die das Gesetz für den Fall des Todes eines Gesellschafters einer OHG zulässt, sind zwar rechtliche Möglichkeiten, sie können aber in der Regel den menschlichen und wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten nicht gerecht werden. Die Beendigung der OHG bringt eine völlige Auflösung der Gesellschaft, die Zerstörung des Lebenswerks der Gesellschafter und die Vernichtung volkswirtschaftlicher Güter mit sich. Die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern sichert zwar die Erhaltung des Unternehmens, zwingt aber andererseits die

---

12) Reinicke in NJW 57/562

verbleibenden Gesellschafter, den Erben des durch seinen Tod Ausgeschiedenen das ihnen zustehende Abfindungsguthaben auszuzahlen, was oft durch die Flüssigmachung bedeutender Mittel mit großen Verlusten verknüpft ist und meist eine erhebliche Belastung der Gesellschaft und der überlebenden Gesellschafter darstellt. Auf der andern Seite stellt es aber für die Erben des verstorbenen Gesellschafters eine grobe Unbilligkeit dar, daß ihnen die Beteiligung an dem von ihrem Erblasser mit aufgebauten und zur Blüte gebrachten Unternehmen verlorengeht und ausschließlich den überlebenden Gesellschaftern zugute kommt. Selbst wenn die Auszahlung des Abfindungsguthabens an die Erben des verstorbenen Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen war und bei der Berechnung des Abfindungsguthabens auch der sogenannte "ideelle" oder "innere" Geschäftswert des Unternehmens - Kundschaft, Firmenwert, good will - Berücksichtigung findet, so bietet doch diese einmalige Vergütung keinen vollwertigen Ersatz für die Möglichkeit, dauernd in dem Genuss des vielleicht gutgehenden und guteingeführten Unternehmens zu bleiben 13). Diese unabweisbaren wirtschaftlichen Notwendigkeiten und menschlichen Interessen nach einer möglichst unveränderten Fortführung des Unternehmens beim Tod eines Gesellschafters mit seinen Erben haben sich nun als stärker erwiesen, als der aus dem römischen Recht übernommene Grundsatz der Unvererblichkeit der Gesellschafterstellung. So gestattete schon Art. 123 Ziff. 2 des ADHGB die gesellschaftsvertragliche Bestimmung, "daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortbestehen soll". Heute ergibt sich die Zulässigkeit der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, daß die OHG im Falle des Todes eines Gesellschafters mit den Erben fortgesetzt werden soll, aus § 139 HGB.

---

13) vergl. Patzschke in ZHR Bd. 113 S. 3

Daß auch die Fortsetzung der OHG mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters nicht nur Vorteile für die Beteiligten bietet, soll aber dabei nicht verkannt werden. So können u.a. Schwierigkeiten entstehen, wenn die Erben wegen ihrer großen Zahl den intimen Rahmen der Gesellschaft sprengen oder ihrer Person nach für das enge Vertrauensverhältnis ungeeignet sind 14).

---

14) so Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht S. 67

II. Teil

Die erbrechtliche Fortsetzung der Mitgliedschaft nach dem Tod eines Gesellschafters

Eine Fortsetzung der OHG mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters kann nun aber im Rahmen des Erbrechts nur dahin verstanden werden, daß die Mitgliedschaft in einer OHG als vererbliches Rechtsgut mit dem Tod des Gesellschafters auf seine Erben ipso iure kraft Universalsukzession übergeht.

§ 7. Die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit der Mitgliedschaft

Das Problem der Vererbung der Mitgliedschaft als einheitlichem Rechtsverhältnis ist eng verbunden mit der Frage der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit der Mitgliedschaft unter Lebenden. Es ist also die rechtliche Möglichkeit zu prüfen, ob die Mitgliedschaft eines Gesellschafters veräußert werden kann und dabei so auf den Erwerber übergeht, daß es keiner besonderen Aufnahme des Erwerbers in die Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter bedarf.
Ursprünglich ging die herrschende Rechtsauffassung davon aus, daß der Gesellschafter einer OHG in keinem Fall und daher auch nicht für den Todesfall seine Mitgliedschaft übertragen könne. Die höchstpersönliche Natur des Gesellschaftsvernältnisses und das gegenseitige Vertrauen in den Beziehungen der Gesellschafter zueinander verbiete jegliche Übertragbarkeit der gesamten Mitglied-

schaft 1). Außerdem ergebe sich die Unübertragbarkeit aus den §§ 717, 719 BGB. Diese Ansicht vertrat auch das RG 2) und erklärte trotz einer im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Übertragungsklausel nur die "Herbeiführung einer derartigen Verpflichtungslage" für zulässig, was bedeutet, daß sich ein Gesellschafterwechsel nur in der Weise vollziehen kann, daß der bisherige Gesellschafter ausscheidet und der Nachfolger in die OHG durch Aufnahmevertrag neu eintritt. Durch das Ausscheiden des bisherigen Gesellschafters wächst seine Gesamthänderfunktion den fortsetzenden Gesellschaftern an und entsprechend tritt mit dem Eintritt des neuen Gesellschafters eine "Abwachsung" ein, durch die der neu Eintretende wieder Mitgesamthänder wird. Der Kapitalanteil des ausscheidenden Gesellschafters verwandelt sich in einen Abschichtungsanspruch, der an den Eintretenden im Wege der Forderungsabtretung vom Ausscheidenden übertragen wird und sich mit dem Eintritt wieder in einen Kapitalanteil zurückverwandelt, so daß die Mitgliedschaft so wiederhergestellt ist, wie sie dem ausgeschiedenen Gesellschafter vorher zustand.
Zum Teil wurde im Schrifttum auch die Meinung vertreten, daß eine allgemeine rechtsgeschäftliche Übertragung der Mitgliedschaft nicht zulässig sei, wohl aber werde durch § 139 HGB eine echte Vererblichkeit der Gesellschafterstellung in einer OHG gestattet 3). Demgegenüber meint Siebert 4), daß es doch nahe liegt, auch eine echte Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch Gesellschaftsvertrag zuzulassen, wenn schon das Gesetz eine Vererblichkeit mit Hilfe des Gesellschaftsvertrages anerkennt.

---

1) so Haupt-Reinhardt a.a.O. S. 69, Würdinger: Recht der Personalgesellschaften S. 69, Michaelis in ZAkdfR 43/233.

2) zuletzt in RGZ 170/392

3) so Haupt-Reinhardt a.a.O. S. 67 und Liebisch in ZHR Bd. 116 S. 147, der behauptet, Vererblichkeit und rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit stehe in keinem Zusammenhang.

4) jur. Studiengesellschaft S. 16

Die Rechtsauffassungen, die die wirtschaftlich naheliegende und von den Beteiligten doch in der Regel gewollte Gesamtrechtsnachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG nicht zulassen, können jetzt als endgültig überholt angesehen werden. Das auf dem persönlichen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter zueinander aufbauende Verbot der freien Übertragbarkeit dient n u r e i n e m S c h u t z z u g u n s t e n d e r G e s e l l s c h a f t e r . Wenn aber die Gesellschafter durch die Festlegung der Übertragbarkeit im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auf diesen Schutz v e r z i c h t e n wollen, so kann an der freien rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit der Mitgliedschaft in einer OHG kein Zweifel bestehen. Deshalb bejaht auch die moderne Lehre die Zulässigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung, durch welche die unmittelbare Übertragbarkeit unter Lebenden, also die unmittelbare Rechtsnachfolge in die volle Gesellschafterstellung durchführbar wird 5). Dieser Auffassung hat sich der BGH ausdrücklich angeschlossen 6).

Die Mitgliedschaft in einer OHG wird dadurch entsprechend der in Kapitalgesellschaften von vornherein gegebenen Lage zu einem von der Gesellschaft losgelösten, selbständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs gestaltet 7). Die übrigen Gesellschafter werden von der Übertragung der Mitgliedschaft nicht berührt, sie brauchen den

---

5) vergl. Küster in DNotZ 56/462, Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 130 HGB Anm. 5, Hueck: Recht der OHG S. 257, Lehmann: Gesellschaftsrecht S. 117, Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 16, Schlegelberger-Gessler zu § 130 HGB Anm. 13, Weipert zu § 130 HGB Anm. 4.

6) BGH in NJW 59/1433 und BGHZ 13/179. Dazu die Kritik zur Terminologie des BGH von Buchwald in BB 55/52.

7) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 17; Buchwald in JR 55/174.

Erwerber der Mitgliedschaft nicht neu aufzunehmen, eine Anwachsung findet nicht statt und Abschichtungsansprüche kommen nicht zur Entstehung. Die Übertragung der Mitgliedschaft ist ein Rechtsgeschäft zwischen dem bisherigen und dem neuen Gesellschafter - nach vorausgegangener gesellschaftsvertraglicher Billigung durch die übrigen Gesellschafter. - Daß dabei die Mitgliedschaft einer OHG n u r a l s e i n h e i t l i c h e s R e c h t s v e r h ä l t n i s i m G a n z e n der Übertragung zugänglich gemacht werden kann und nicht etwa auch einzelne Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft gesondert an dritte Personen abgetreten werden können, ist anerkannt herrschende Lehre und Rechtsprechung 8).

§ 8. Die erbrechtliche Übertragbarkeit der Mitgliedschaft

Läßt man mit der herrschenden Lehre die Möglichkeit einer echten Übertragbarkeit der Mitgliedschaft einer OHG zu, so können keine Bedenken dagegen bestehen, auch die rechtliche Möglichkeit einer echten Vererblichkeit der Mitgliedschaft, also den Übergang kraft Universalsukzession auf die Erben als Rechtsnachfolger eines durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters anzuerkennen 9).

1.) Erste Voraussetzung für die Vererbung der Mitgliedschaft einer OHG ist eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, "daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll"10), also die Vereinbarung einer N a c h f o l g e k l a u s e l i m G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g . Eine derartige Klausel kann dabei schon

---

8) vergl. RG in DR 41/1084, BGHZ 3/354 mit Anmerkung von Hueck in JZ 52/114, BGH in JZ 54/54, BGH in JZ 54/503 mit Anmerkung von Hueck, Buchwald in BB 55/52.

9) vergl. Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 19, Hueck: Recht der OHG S. 266; Weipert zu § 131 HGB Anm. 26.

10) § 139 I HGB

im Errichtungsvertrag enthalten sein, es genügt aber auch jede vor dem Ableben eines Gesellschafters getroffene dahingehende Abänderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrags 11). Mit der Vereinbarung einer Nachfolgeklausel verzichten die Gesellschafter auf den ihnen vom Gesetz in den §§ 131 Nr. 4 HGB und 138 HGB gegebenen Schutz ihrer engen persönlichen Verbundenheit, indem sie die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortzusetzen gewillt sind. Die Nachfolgeklausel wandelt dabei die ursprünglich nicht übertragungsfähige Mitgliedschaft in der OHG dahin ab, daß die Gesellschafter ohne jegliche Mitwirkung der übrigen Gesellschafter rechtsgeschäftlich für den Zeitpunkt ihres Todes darüber verfügen können, die M i t g l i e d s c h a f t wird also zu einem v e r e r b l i c h e n R e c h t s g u t gestaltet. Damit wird ihr eine Eigenschaft verliehen, die ihr ursprünglich wegen des engen persönlichen Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter untereinander gefehlt hatte 12). Damit kommt aber auch ein Element in der OHG zum Durchbruch, das sonst nur den Kapitalgesellschaften innewohnt 13).

Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag kann nun so gestaltet sein, daß die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters nur mit p e r s ö n l i c h b e s t i m m t e n oder einer bestimmten Zahl von Erben fortgesetzt werden soll. Dann ist die Mitgliedschaft nicht schlechthin zum vererblichen Rechtsgut

---

11) Düringer-Hachenberg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 3.

12) Siebert in NJW 55/809.

13) vergl. für den Geschäftsanteil einer GmbH § 15 GmbHG.

ausgestaltet, sondern nur auf diese bestimmten Personen vererblich, genau so wie die Übertragbarkeit personell beschränkt werden kann.

2.) Mit der Vererblichkeitsklausel bewirkt aber der Gesellschaftsvertrag allein nicht die erbrechtliche Nachfolge, sondern "schafft lediglich die Möglichkeit einer Vererbung, er öffnet gewissermaßen die Tür zum Erbrecht" 14). Nur mit Hilfe des Erbrechts selbst sind nämlich die Gesellschafter in der Lage, die vom Gesellschaftsvertrag eröffneten Möglichkeiten auszunutzen. Die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Nachfolger können die Mitgliedschaft in der OHG nur erwerben, soweit sie zugleich Erben des verstorbenen Gesellschafters geworden sind. Die konkrete Bestimmung der Erben und der Erwerbsvorgang nach dem Tode des Gesellschafters beruhen auf den Regeln des Erbrechts, so daß zur Nachfolgeklausel als gesellschaftsrechtlich eröffneter Nachfolgemöglichkeit ein "erbrechtlicher Verfügungstatbestand" 15) hinzutreten muß, um den unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft auf die Nachfolger im Falle des Todes herbeizuführen 16). Wer Erbe wird, bestimmt sich nach Erbrecht, wobei der Berufungsgrund gleichgültig ist.

a) Ohne Verfügung von Todes wegen treten die g e s e t z l i c h e n E r b e n an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters, wobei außer der Nachfolgeklausel keine weitere Vertragsbestimmung oder Erklärung

---

14) Siebert in BB 56/838

15) Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 21

16) Daß andererseits die erbrechtliche Verfügung allein, ohne Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag, die erbrechtliche Nachfolge in die Mitgliedschaft nicht bewirken kann, ist klar. Das würde sonst einer einseitigen Aufhebung bzw. Abänderung des Gesellschaftsvertrags durch Verfügung von Todes wegen gleichkommen. (wird später noch ausgeführt)

notwendig ist 17). Maßgebend für die Person des oder der Nachfolger ist allein die allgemeine Erbfolgeordnung. Das Erbrecht ist aber hier insofern unentbehrlich, als auf Grund des Rechtsvorgangs der unmittelbaren Gesamtnachfolge die Übertragung der Mitgliedschaft auf die Erben erfolgen muß 18).

b) Häufig wird aber ein Gesellschafter die ihm im Gesellschaftsvertrag eröffnete, allgemein gehaltene Nachfolgemöglichkeit für seine Erben durch eine V e r f ü g u n g v o n T o d e s wegen in irgendeiner Form konkretisieren, wobei er im Rahmen der erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten völlig freie Hand hat. Um insofern vor unliebsamen Überraschungen geschützt zu sein, ist es aber für die Gesellschaft ratsam, durch eine von vornherein konkret bestimmte Nachfolgeklausel - z.B. die Fortsetzung mit der Witwe oder dem ältesten Sohn eines verstorbenen Gesellschafters - die Nachfolgemöglichkeiten zu beschränken. Dabei wird die Testierfreiheit des Erblasser-Gesellschafters in keiner Weise beeinträchtigt.

3.) Es besteht nun die Gefahr, daß die Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags ins Leere stößt und keine Wirkung entfalten kann, wenn nämlich der Gesellschafter durch Verfügung von Todes wegen andere Personen zu seinen Erben einsetzt, als in der Vererbungsklausel des Gesellschaftsvertrags zur Nachfolge in die Mitgliedschaft bestimmt sind. Andererseits ist dann aber auch

---

17) Tidau in MDR 57/641 übersieht beim Sachverhalt des BGHZ 22/186 gerade die Möglichkeit der gesetzlichen Erbfolge für die Witwe des verstorbenen Gesellschafters, wenn er ihre Nachfolge in die Gesellschaft auf Grund erbrechtlicher Regelung bezweifelt, weil der Gesellschafter die erbrechtliche Bestimmung bezüglich seiner Nachfolge nicht getroffen habe und damit die Vererbungsklausel nicht ausgenutzt habe. Unrichtig auch Sudhoff in DB 59/1393, der für den Rechtsübergang der Mitgliedschaft auf den Nachfolger neben der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeanordnung ein Testament des Erblasser-Gesellschafters verlangt.

18) Das übersieht das OLG Bamberg in MDR 56/41

die Verfügung von Todes wegen für die Gesellschaft ohne Bedeutung, weil die durch die letztwillige Verfügung zu Erben eingesetzten Personen vom Gesellschaftsvertrag her nicht als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters in der OHG ihres Erblassers werden können; die überlebenden Gesellschafter haben nur einer Fortsetzung der Gesellschaft mit den in der Nachfolgeklausel genannten Personen im Gesellschaftsvertrag zugestimmt; diese sind hier aber nicht Erben geworden.

Eine erbrechtliche Nachfolge kann also von vornherein nicht eingreifen, wenn der in der Vererbungsklausel gesellschaftsvertraglich vorgesehene Nachfolger nicht auch gesetzlicher oder testamentarischer Erbe des verstorbenen Gesellschafters geworden ist. Daraus ergibt sich aber die wichtige Erkenntnis, daß G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g und E r b r e c h t im Hinblick auf die Nachfolge in die Mitgliedschaft völlig ü b e r e i n s t i m m e n müssen 19). Dabei ist umso genauer darauf zu achten, daß sich die Verfügung von Todes wegen - oder der Erbvertrag - in Bezug auf Person und Zahl der zur Erbfolge Berufenen mit der durch den Gesellschaftsvertrag geschaffenen Möglichkeit deckt oder jedenfalls innerhalb des gesellschaftsrechtlichen Rahmens liegt, je konkreter die Vererblichkeitsklausel im Gesellschaftsvertrag ausgestaltet ist 20). Nur dann kann den vielseitigen Interessen bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG in gebührendem Maße Rechnung getragen werden.

§ 9. Der Übergang der Mitgliedschaft auf die Erben

Liegen die beiden Voraussetzungen, Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und erbrechtlicher Verfügungstat-

---

19) Schlicht in NJW 54/986; Tidau in MDR 57/641; Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 20.

20) Siebert in BB 56/838

bestand vor 21) und decken sich dabei Erbenbestimmung und gesellschaftsvertragliche Nachfolgebestimmung, so geht die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters mit seinem Tode k r a f t U n i v e r s a l s u k z e s s i o n n a c h § 1922 BGB unmittelbar auf die nachfolgeberechtigten Erben über. Die Erben rücken automatisch an Stelle des Erblassers in die Gesellschaft ein, ohne daß ein besonderer Eintrittsakt von seiten der Nachfolger oder eine Aufnahmehandlung durch die übrigen Gesellschafter erforderlich wäre 22). Das dürfte heute ganz allgemein die herrschende Lehre und Rechtsprechung sein 23).

Eine Einschränkung bezüglich der Nachfolge der Erben in die Gesellschafterstellung muß nur dahin gemacht werden, daß die erkennbar an die Persönlichkeit des Erblasser-Gesellschafters gebundenen Elemente der Mitgliedschaft nicht mit auf die Erben übergehen 24). Dazu gehören die Vorrechte, die ihm etwa auf Grund seines Lebensalters, seiner Mitgliedschaftsdauer oder seiner Fähigkeiten durch den Gesellschaftsvertrag besonders

---

21) Dies hat das RG schon in seiner ersten grundlegenden Entscheidung in RGZ 16/40 als Voraussetzungen für die Fortsetzung der OHG mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters erkannt.

22) Deshalb ist, wenn der Erbe beim Tode des Erblasser-Gesellschafters noch minderjährig ist, eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich, da es sich nicht um den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags (§ 1822 Ziff. 3 BGB) oder die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit (§ 1822 Ziff. 10 BGB) handelt. Vergl. KG in JW 33/119, Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 23.

23) Vergl. etwa Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 9, Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 21, Staudinger-Boehmer zu § 1922 BGB Anm. 162, Hueck: Recht der OHG S. 262, DNotZ 52/554, Anmerkung zu der entgegenstehenden Ansicht des LG Bremen in NJW 54/477, Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 19/20, v. Gierke: Festschrift für Wieland S. 104, KG in HRR 33 Nr. 815, BGHZ 22/186, KG in DNotZ 55/418; unklar RG in DR 43/1224 mit Anmerkung von Donner.

24) Hueck: Recht der OHG S. 264; Liebisch ZHR 116/132; Donner DR 43/1205; Staudinger-Boehmer zu § 1922 BGB Anm. 162.

eingeräumt wurden. Diese Vorrechte gehören nicht zu der gewöhnlichen Stellung des Gesellschafters in der OHG, sondern der einzelne Gesellschafter hat sie auf Grund eines weiteren und besonderen Vertrauensbeweises besonders eingeräumt erhalten 25). Die Vererbung der Mitgliedschaft bedeutet den Fortbestand der übertragbaren Bestandteile in der Person der Erben. Die ausschließlich an die Person eines Gesellschafters gebundenen Vorrechte erlöschen mit seinem Tode. Eine Vererbung der ihm persönlich zugestandenen Rechte in der Gesellschaft findet daher nicht statt.

1.) Die frühere Auffassung des RG 26), daß der Erbe überhaupt nicht kraft Erbrechts, sondern kraft eines besonderen, ausserhalb des Erbrechts liegenden ausschließlich gesellschaftsrechtlichen Vorgangs in die OHG eintrete, ist heute nicht mehr zu vertreten. Die bemerkenswerte Begründung des RG für diese Ansicht lautete dahin, daß "die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, zwar auf der Erbfolge beruht, ihr Inhalt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis wie auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach dem Gesellschaftsrecht bestimme". Der Erwerb der Mitgliedschaft beruhte nach Ansicht des RG also auf dem insoweit als Vertrag zugunsten Dritter anzusehenden Gesellschaftsvertrag und das RG konnte dementsprechend nur von einem Austritt des bisherigen Gesellschafters mit seinem Tode und dem Eintritt des Nachfolgeberechtigten ausgehen. Die Erbfolge ist dabei nicht als Rechtsgrund der Nachfolge in die Mitgliedschaft anzusehen, sondern sie dient nur der näheren Bestimmung der Person der durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag eröffneten

---

25) So BGH in NJW 59/192

26) Diese Ansicht vertrat das RG schon für das Recht des Art. 123 Ziff. 2 ADHGB in RGZ 16/58 und setzte sie dann auch für das Recht des § 139 HGB fort. Vergl. etwa RGZ 128/172, 153/272, 170/392 mit Anmerkung von Dietrich, DR 43/806, unklar RG in DR 43/1224 mit Anmerkung von Donner.

Nachfolgemöglichkeit. Dieser Auffassung des RG kann aber insofern schon nicht gefolgt werden, als sie dem Willen der Beteiligten nicht entsprechen dürfte, die doch in der Regel ein unmittelbares automatisches Einrücken in die ganze Rechtsstellung des Erblassers vorsehen, ohne einen Austritt des verstorbenen Gesellschafters und einen Neueintritt des Nachfolgeberechtigten anzunehmen. Wenn der Erbe aber ohne oder gar gegen seinen Willen in diese Rechtsstellung gebracht werden soll, so ist das eben eine Wirkung, die sich nur aus der Eigenschaft als Erbe der Mitgliedschaft erklären läßt 27), - selbstverständlich unter Berücksichtigung seines Ausschlagungsrechts. Außerdem fällt nach der Konstruktion des RG die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß, was für das Haftungsrecht und damit für den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf die Mitgliedschaft zu unhaltbaren Folgen führt. Weder dem Sinn und noch dem Wortlaut des Gesetzes in § 139 HGB dürfte die Konstruktion des RG über den Nachfolgevorgang gerecht werden.

2.) Auch die Ansicht, daß die rein vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft erbrechtlichen, die mehr persönlichen Elemente der Mitgliedschaft aber ausschließlich gesellschaftsrechtlichen Normen unterliegen 28), kann nicht gebilligt werden. Nach dieser Auffassung geht die vermögensmäßige Beteiligung kraft Erbrechts unmittelbar auf den Alleinerben oder auf die Miterbengemeinschaft zur gesamten Hand über, während die personenrechtlichen Bestandteile der eigentlichen Mitgliedschaft kraft Gesellschaftsrecht neu in der Person des Nachfolgeberechtigten begründet werden.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wird besonders deutlich im Falle einer Miterbengemeinschaft, der nach dieser Auf-

---

27) Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 5, vergl. auch Weiler in DNotZ 52/289.

28) So RGZ 106/65, LG Bremen mit entgegenstehender Anmerkung von Hueck in NJW 54/477, Schlicht in NJW 54/984 ff, Groschuff Anmerkung zu KG in DR 42/731, Kaufmann in JZ 59/523.

fassung die vermögensmässige Beteiligung der Mitgliedschaft bis zur Auseinandersetzung zufällt, obwohl sie gar nicht Mitglied der OHG sein kann; andererseits ist aber ein allein nachfolgeberechtigter Miterbe vermögensmäßig gar nicht an der OHG beteiligt, obwohl der Erblasser-Gesellschafter einen Kapitalanteil an der Gesellschaft gehabt und diesen auch den Erben hinterlassen hat. Trotzdem soll dann der Nachfolgeberechtigte in der Lage sein, die eigentliche Mitgliedschaft in der OHG auszuüben. Das kann kaum gewollt, geschweige denn rechtskonstruktiv richtig sein. Die Trennung und verschiedene rechtliche Behandlung von vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Bestandteilen der Mitgliedschaft entspricht nicht den praktischen Bedürfnissen und ist daher als wesensfremd und gekünstelt abzulehnen 29).

3.) Den geäußerten Bedenken gegen einen unmittelbaren erbrechtlichen Übergang der gesamten Mitgliedschaft wegen der Fassung des § 1922 BGB 30) kann nicht gefolgt werden. Zwar ist es richtig, daß § 1922 BGB nur vom Vermögen des Erblassers spricht, während die Mitgliedschaft in einer OHG außer den vermögensrechtlichen Bestandteilen in der eigentlichen Mitgliedschaft doch mehr personenrechtliche Elemente enthält; es ist aber für den § 1922 BGB herrschende Lehre und Rechtsprechung, daß der Erbe in den Rechtsstatus des Erblassers als Ganzes eintritt, dessen Rechtsleben allgemein fortsetzt 31). Wenn das Gesetz nur von einem Vermögensübergang spricht und nicht von einer Rechtsnachfolge des Erben, so kann das möglicherweise als Redaktionsversehen des Gesetzgebers

---

29) So v. Gierke: Festschrift für Wieland S. 104, Siebert in NJW 55/811 und BB 56/838, Petersen in JZ 60/212, KG in DR 42/973.

30) So etwa Siebert in NJW 55/810, der für den erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft nur eine analoge Anwendung des § 1922 BGB für gegeben hält, vergl. auch Schlicht in NJW 54/984.

31) Bartholomeyczik a.a.O. S. 28 ff mit weiteren Literaturangaben.

gedeutet werden, der den Übergang nicht vermögensmäßiger Rechtsgüter bei der Fassung des § 1922 BGB übersehen hat.

4.) Auch der Vorgänger des § 139 HGB, der Art. 123 Ziff. 2 ADHGB, gestattete den Fortbestand der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters, wobei die für diese Vorschrift herrschende Lehre schon von einem unmittelbaren automatischen Übergang der Mitgliedschaft mit allen daraus entspringenden Rechten und Pflichten auf die Erben ausging 32). Dabei traf die Erben vor allem die unbeschränkte persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden und die mit der Stellung eines OHG-Gesellschafters sonst notwendig verbundenen Folgen. Die Erben standen deshalb oft vor der Wahl, entweder diese mit Gefahren verbundenen Verpflichtungen auf sich zu nehmen und allen Bedenken zum Trotz Gesellschafter zu werden oder aber auf die Vorteile der Erbenstellung überhaupt zu verzichten, indem sie die Erbschaft ausschlugen. Wenn nun § 139 HGB in Fortbildung des Rechts des ADHGB, das eine derartige Bestimmung nicht enthielt, den Erben den Weg öffnet, die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Nachteile zu vermeiden, trotzdem aber Erbe zu bleiben, indem die Erben die Umwandlung der Rechtsstellung des Erblassers als OHG-Gesellschafter in die eines Kommanditisten beantragen können, so geht das Gesetz doch ganz eindeutig von einem automatischen Übergang der Mitgliedschaft auf die Erben kraft Universalsukzession aus, der vom Willen der Nachfolgeberechtigten unabhängig ist 33). Mit einer derartigen Regelung ist auch den Interessen der überlebenden Gesellschafter gedient, da sie dadurch von der mit der Ausschlagung und damit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der

---

32) vergl. Patzschke in ZHR Bd. 113 S. 4

33) vergl. Weipert zu § 139 HGB Anm. 1, Düringer-Hachenburg-Geiler Anm. 194, Lehmann: Handelsrecht S. 122.

OHG verbundenen Auszahlung des Abfindungsguthabens befreit werden. Nur wenn man mit der herrschenden Lehre von einem a u t o m a t i s c h e n Übergang der Mitgliedschaft auf die Nachfolger kraft Universalsukzession ausgeht, so wie sie sich aus dem Erbrecht ergibt, läßt sich der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 139 HGB richtig erklären.

§ 10. Der Alleinerbe als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters

Ist für die in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags geschaffene Nachfolgemöglichkeit des verstorbenen Gesellschafters nur ein A l l e i n e r b e vorhanden, so kann dieser die Mitgliedschaft in der OHG mit dem Tode des Erblassers kraft Universalsukzession ohne weitere rechtliche Schwierigkeiten erwerben, weil Gesellschaftsrecht und Erbrecht beim Erwerbsvorgang lückenlos ineinandergreifen können. Die Mitgliedschaft geht mit dem Tode des Erblassers nach § 1922 BGB automatisch und unmittelbar auf den nachfolgeberechtigten Alleinerben über.

§ 11. Eine Mehrheit von Erben als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters

Gesellschaftsrecht und Erbrecht gehen dagegen nicht lückenlos ineinander über, wenn das Vermögen des verstorbenen Gesellschafters nicht einem Alleinerben, sondern einer Mehrheit von Erben in Form einer Erbengemeinschaft anfällt. Für die Mitgliedschaft in der OHG ist dabei zunächst zu unterscheiden, ob der Gesellschaftsvertrag durch eine allgemein gehaltene Nachfolgeklausel sämtlichen Miterben die Nachfolge offen läßt, oder ob eine auf eine bestimmte Person ausgerichtete Nachfolgeklausel - die Witwe oder der älteste Sohn z.B. - nur diesem im Gesellschaftsvertrag bestimmten Nachfolgeberechtigten aus der Mitte der Miterben die Nachfolge in die Mitgliedschaft gestattet, wobei die rechtlichen Schwierigkeiten besonders im zweiten Fall deutlich werden.

1.) Für den Fall, daß der verstorbene Gesellschafter von mehreren Erben beerbt wird und s ä m t l i c h e durch die allgemein gehaltene Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag die OHG mit den überlebenden Gesellschaftern f o r t s e t z e n s o l l e n 34), lassen sich die Probleme, die sich aus dem Zusammenprall von Erbrecht und Gesellschaftsrecht ergeben, noch verhältnismäßig einfach lösen.

Bei genereller Anwendung der erbrechtlichen Normen fällt die Gesamtheit der Nachlaßgegenstände nach § 2032 BGB allen Miterben als gemeinschaftliches Vermögen zu, so daß auch die vererbte Mitgliedschaft in der OHG zunächst sämtlichen Erben zur gesamten Hand zustehen würde. Für die OHG würde das bedeuten, daß an Stelle des verstorbenen Gesellschafters eine Erbengemeinschaft Mitglied in der Gesellschaft wäre und diese sich dann auch hinsichtlich der Mitgliedschaft noch auseinandersetzen müßte. Die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten und der besondere Charakter einer Personalgesellschaft lassen sich aber mit dieser erbrechtlichen Regelung nicht in Einklang bringen.

a) Eine M i t e r b e n g e m e i n s c h a f t kann n i c h t M i t g l i e d e i n e r O H G sein: Das ist die heute durchaus zutreffende herr-

---

34) Der BGH in BGHZ 22/186 spricht davon, daß alle Miterben "in die OHG eintreten dürfen", wobei der Eindruck entstehen kann, daß es sich nicht um eine automatische Nachfolge, sondern um ein blosses Eintrittsrecht der Erben handle. Zwar zeigen die weiteren Ausführungen des BGH, daß er auch von einem "automatischen Eintritt" ausgeht, doch ist diese Terminologie des BGH verwirrend und gibt zu Missverständnissen Anlass.

schende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum 35). Die Erbengemeinschaft kann im Rechtsverkehr nicht als geschlossene Einheit auftreten; sie ist nicht rechtsfähig. Damit fehlt ihr die für die Mitgliedschaft in einer OHG unbedingt notwendige Fähigkeit, entweder selbst oder für ihre Mitglieder die unbeschränkte Haftung zu übernehmen 36). Auch aus dem Wortlaut des § 139 HGB ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Mitgliedschaft einer Erbengemeinschaft in der OHG nicht im Auge gehabt haben kann, wenn er "jedem" Erben das Recht gewährt, die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen und diese Vorschrift nach § 139 V HGB zwingendes Recht ist. Nach dem Gesellschaftsrecht können also die Erben nur als selbständige Einzelpersonen in die Mitgliedschaft ihres Erblassers nachfolgen; mehrere Miterben erwerben aber die Mitgliedschaft nach Erbrecht nur in Erbengemeinschaft zur gesamten Hand. Bei dieser Rechtslage würde eine uneingeschränkte Anwendung erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Grundsätze dazu führen, daß mehrere Erben trotz der vom Gesellschaftsvertrag vorgesehenen und zugelassenen Vererblichkeit der Mitgliedschaft diese im Wege der Erbfolge nicht erwerben könnten 37). Soll daran aber die in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich bestimmte Vererbung der Stellung des Erblassers in der OHG scheitern ?

---

35) vergl. RGZ 16/40, RG in JW 12/475, RG in "Das Recht" 1917 Nr. 457, RGZ 171/328, KG in JW 35/1794, KG in DNotZ 55/418, BGHZ 22/189. Aus der Vielzahl des Schrifttums sind hervorzuheben: Haupt-Reinhardt a.a.O. S. 67, Würdinger a.a.O. S. 95 und 135, Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 15, Düringer-Hachenburg-Geiler Anm. 193, Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 25, Weipert zu § 139 HGB Anm. 25, Baumbach-Duden zu § 139 HGB Anm. 2 A, Hueck: Recht der OHG S. 265 und JZ 57/222, Patzschke in ZHR Bd. 113, S. 7, Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 21 und NJW 55/810, Zunft in NJW 57/1130, Reinicke in NJW 57/563, Tiefenbacher in BB 58/567. Nur Buchwald in JR 55/173 behauptet, der Satz, daß eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer OHG sein könne, könne nicht richtig sein, weil er im Gesetz keine Grundlage finde, gibt aber dann zu, daß die Mitgliedschaft einer Erbengemeinschaft bei einer OHG zu Schwierigkeiten führt.

36) vergl. Siebert, jur. Studiengesellschaft S. 21; Hueck: Recht der OHG S. 265, Küster in DNotZ 56/466

37) BGHZ 22/192

Eine Auflösung der Miterbengemeinschaft durch Auseinandersetzung kann für diese Schwierigkeiten keine Abhilfe schaffen. Eine derartige Auseinandersetzung ist logisch schon gar nicht möglich: Die Miterbengemeinschaft, die nach Erbrecht die Mitgliedschaft nur erwerben kann, ist nach Gesellschaftsrecht nicht in der Lage, Nachfolger in der Mitgliedschaft zu werden; sie kann sich dann aber nicht über die Mitgliedschaft auseinandersetzen, da diese ihr gesellschaftsrechtlich als Nachlaßgegenstand gar nicht zufallen kann. Die Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters wäre bis zur Auseinandersetzung ohne Inhaber.

Nicht überzeugend ist auch der Lösungsversuch 38), der die Miterbengemeinschaft nur insofern ausschließt, als sie zur Ausübung der Mitgliedschaft untauglich ist. D e r E r w e r b der Mitgliedschaft durch die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand im Wege erbrechtlicher Gesamtnachfolge wird danach für möglich gehalten, jedoch die A u s ü b u n g der erworbenen Mitgliedschaft ist von vornherein nur den einzelnen Miterben gestattet. Mit dem Erwerb wird doch der Erwerber Mitglied der OHG. Die Erbengemeinschaft als Erwerber kann aber nicht Mitglied einer OHG sein. Eine besondere Regelung über die Ausübung der Mitgliedschaft in der OHG durch die einzelnen Mitglieder der erwerbenden Erbengemeinschaft kann daran nichts ändern.

b) Die herrschende Lehre und Rechtsprechung 39) überwindet bei der Nachfolge sämtlicher Erben alle hier auftretenden Schwierigkeiten damit, daß sie bezüglich der Mitgliedschaft in einer OHG den e r b r e c h t l i c h e n G r u n d s a t z d e r G e s a m t n a c h f o l g e in Form der Erbengemeinschaft bei mehreren Miterben g e g e n ü b e r d e n g e s e l l s c h a f t s r e c h t l i c h e n N o t w e n d i g k e i t e n z u r ü c k t r e t e n lässt und erbrechtliche Grundsätze an das Gesellschaftsrecht anzupassen versucht. Das bedeutet, daß sich die Mitgliedschaft des Erblassers im Augenblick seines Todes aufteilt und in so viele einzelne

---

38) Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 15.
39) vergl. Anm. 35) auf S. 35.

Mitgliedschaften zerfällt, als Erben des verstorbenen Gesellschafters vorhanden sind. Jeder Miterbe wird also von vornherein und ohne Umweg über die Miterbengemeinschaft mit dem Tode des Erblassers automatisch selbständiger Gesellschafter in der OHG mit selbständigen Verwaltungs- und Vermögensrechten und einem seiner Erbquote entsprechenden Anteil am Gesellschaftsvermögen des Erblasser-Gesellschafters. D i e M i t g l i e d s c h a f t v e r v i e l f a c h t s i c h a l s o. Diese verhältnismäßig glatte Lösung dürfte zwar den praktischen Bedürfnissen entsprechen und den Interessen der Beteiligten Rechnung tragen. Man sollte aber dabei nicht übersehen, daß diese Lösung einen wesentlichen und zwingenden Grundsatz unseres Erbrechts, nämlich den Erwerb von Nachlaßgegenständen durch Miterben in Form der Miterbengemeinschaft zur gesamten Hand einfach ignoriert, nur weil es die gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten erfordern. Eine wirklich rechtskonstruktiv und dogmatisch befriedigende B e g r ü n d u n g für diese Lösung ist damit noch n i c h t g e g e b e n 40).

2.) Das mangelnde Ineinandergreifen von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht und die eigentliche Problematik der erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG zeigt sich nun aber besonders deutlich, wenn der verstorbene Gesellschafter m e h r e r e M i t e r b e n h i n t e r l ä ß t, die konkret ausgestaltete Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag aber nicht sämtlichen Miterben, sondern n u r e i n e m aus ihren Reihen die

---

40)So spricht etwa der BGH in BGHZ 22/193 von einer "Sonderrechtsnachfolge", ohne weitere Erörterungen darüber anzustellen, was er eigentlich damit meint.
Kipp-Coing, Erbrecht, glaubt auf S. 390, daß sich die Begründung schon aus dem Wortlaut des § 139 HGB ergebe: Die mehreren Erben würden gemäß der in § 139 HGB getroffenen Entscheidung als einzelne Gesellschafter kraft Gesellschaftsvertrags in Verbindung mit § 1922 BGB mit dem Erbfall Gesellschafter, weil § 139 HGB die Bestimmungen des Erbrechts über die Erbengemeinschaft verdränge. Eine dogmatische Erklärung für den automatischen Übergang und die Aufteilung der Mitgliedschaft auf die Einzelerben unter Umgebung der Miterbengemeinschaft ist damit gleichfalls nicht gegeben.

Nachfolge in die Mitgliedschaft ermöglicht 41).

a) Eine derartige Beschränkung der Fortsetzung der Gesellschaft mit nur einem Erben ist durchaus zulässig, da es dem Gesellschafter überlassen bleiben muß, im Gesellschafts-vertrag Bindungen seinen Mitgesellschaftern gegenüber einzugehen, die auch für die Erben Wirkungen zu entfalten vermögen, gegebenenfalls auch nachteilige, wenn es, wie hier, das Gesellschaftsinteresse erfordert 42). Dieses Gesellschaftsinteresse liegt dabei in der Vermeidung eines übermäßigen Anwachsens der Gesellschafterzahl nach dem Tode eines Gesellschafters.

b) Während sich nun bei der Nachfolge sämtlicher Miterben der Zusammenprall von gesellschaftsrechtlicher Nachfolgeklausel und Erbrecht nur aus dem Institut der gesamthänderischen Miterbengemeinschaft ergab, kommt hier noch hinzu, daß sich Erbfolge und Nachfolgeklausel a u c h i n p e r s o n e l l e r H i n s i c h t n i c h t d e c k e n , weil einige Miterben durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag vom Erwerb der Mitgliedschaft ausgeschlossen sind; allein auf Grund ihres Erbrechts können sie niemals Gesellschafter der OHG werden. Die Miterbengemeinschaft scheidet also hier von vornherein für den erbrechtlichen Erwerb der Gesellschafterstellung aus. Die Mitgliedschaft ist im Gesellschaftsvertrag nur für e i n e n nachfolgeberechtigten Miterben vererblich gemacht; nur e r kann als Erbe die Gesellschafterstellung des Erblassers erwerben. Nur das Institut der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand stellt das Erbrecht für den Erwerb von Nachlaßgegenständen durch mehrere Miterben zur Verfügung; das Gesellschaftsrecht verlangt aber einen Einzelerben aus dieser Erbengemeinschaft. W i e l ä s s t

---

41) Kipp-Coing, Erbrecht S. 386 spricht in diesem Fall vom Vorliegen einer "qualifizierten Nachfolgeklausel" im Gegensatz zur "einfachen Nachfolgeklausel", wenn allen Erben des verstorbenen Gesellschafters die Nachfolge in die Mitgliedschaft eröffnet ist.

42) Liebisch in ZHR Bd. 116 S. 150; Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 17; KG in HRR 33 Nr. 815.

sich die vom Gesellschaftsvertrag vorausgesetzte Einzelnachfolge auf erbrechtlichem Weg erreichen?

Zu dem ganzen Problemkreis treten dann oft noch Auslegungsschwierigkeiten, wenn es gilt, die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag oder die eventuell hinzukommende Verfügung von Todes wegen des verstorbenen Gesellschafters zu interpretieren und den wahren Willen der Beteiligten zu erforschen: Ob z.B. der nachfolgeberechtigte Miterbe die gesamte Mitgliedschaft fortführt, ob er kapitalmäßig nur in Höhe seiner Miterbenquote an der OHG beteiligt sein soll, ob die nicht berücksichtigten Miterben Abfindungs- oder Ausgleichsansprüche geltend machen können u.a. mehr. Hier offenbart sich die Diskrepanz zwischen gesellschaftsrechtlicher Vertragsfreiheit und erbrechtlichen Grundsätzen in voller Schärfe; die Problematik des Verhältnisses von Gesellschaftsrecht und Erbrecht erreicht ihren Höhepunkt 43).

---

43) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 22.

III. Teil

Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Nachfolge außerhalb der Vererbung. (Die Umgehung der Problematik)

Um der aufgezeigten Problematik der Kollision von Erb- und Gesellschaftsrecht bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG auszuweichen, ist man versucht, außerhalb der reinen Vererbung der Gesellschafterstellung einen gangbaren Weg für die Lösung der auftretenden Schwierigkeiten zu finden.

A) Nachfolge in die Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall

Kaum eine Berührung mit dem Erbrecht und seinen zwingenden Grundsätzen und Normen bekommt die Möglichkeit, die eine Nachfolge in die Mitgliedschaft der OHG aufgrund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden im Auge hat, das durch den Tod eines Gesellschafters aufschiebend bedingt ist 1).

§ 12. Der Gesellschaftsvertrag als Vertrag zugunsten eines Dritten

Als ein solches Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall käme ein V e r t r a g z u g u n s t e n D r i t t e r in Betracht, der in der z u g u n s t t e n d e s N a c h f o l g e b e r e c h t i g t e n z w i s c h e n d e n G e s e l l s c h a f t e r n vereinbarten Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag zu

---

1) vergl. Siebert in NJW 55/811 und BB 57/18;
Reinicke in NJW 57/562; Tidau in MDR 57/643;
Buchwald in AcP Band 154 S. 27; BGH in NJW 59/1433

sehen wäre und durch den die Mitgliedschaft mit dem Tod eines Gesellschafters auf den begünstigten Nachfolger übergehen soll 2).

Eine derartige Nachfolge in die Mitgliedschaft allein auf Grund der als Vertrag zugunsten Dritter aufzufassenden Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ist aber nicht möglich. Der Gesellschaftsvertrag ist nur in der Lage, die ursprünglich streng an die Person eines Gesellschafters gebundene Mitgliedschaft in einer OHG durch eine Nachfolgeklausel übertragbar zu gestalten; zur Ausnutzung dieser Möglichkeit bedarf es aber für den Erwerbsvorgang durch den Nachfolger außerdem eines Verfügungstatbestandes; die Nachfolgeklausel kann nicht selbständig den Übergang der Mitgliedschaft auf den Nachfolger herbeiführen 3). Der Nachfolgeklausel eine unmittelbare Verfügungswirkung beilegen zu wollen, liefe auf einen durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingten V e r f ü g u n g s v e r t r a g z u g u n s t e n d e s N a c h f o l g e b e r e c h t i g t e n hinaus 4). Mit der herrschenden Lehre 5) ist ein derartiger Verfügungsvertrag zugunsten Dritter zwar abzulehnen. Die Streitfrage über die Zulässigkeit eines Verfügungsvertrags zugunsten Dritter kann jedoch dahingestellt bleiben. Hier scheidet nämlich eine Nachfolge aufgrund Verfügungsvertrags zugunsten Dritter schon deshalb aus, weil die Mitgliedschaft in einer OHG nicht nur mit Rechten, sondern auch mit ganz einschneidenden Pflichten - Mitarbeits-, Einlage-, Treuepflicht - verknüpft

---

2) vergl. Siebert NJW 55/811 und jur. Studiengesellschaft S. 17; Küster DNotZ 56/463, Tidau MDR 57/643, Weiler DNotZ 52/287. Kipp-Coing: Erbrecht S. 388. Auch das RG neigte schon zu dieser Auffassung, vergl. RGZ 145/294.

3) vergl. oben auf S. 25

4) vergl. Küster in DNotZ 56/463; Tidau in MDR 57/643.

5) vergl. etwa Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse S. 148, Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts I S. 164, RGZ 124/221.

ist. Die aufschiebend bedingte Zuwendung der ganzen Mitgliedschaft durch Vertrag zugunsten Dritter bringt aber den Übergang dieser Pflichten auf den begünstigten Nachfolger mit sich. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß der Verfügungsvertrag zugunsten Dritter zugleich einen Vertrag zu Lasten des Nachfolgeberechtigten darstellt 6). Ein solcher Verfügungsvertrag zu Lasten eines Dritten ist aber auf jeden Fall unzulässig.

§ 13. Der Verfügungsvertrag des Gesellschafters mit seinem Nachfolger

Wenn nun ein Verfügungsvertrag zwischen den Gesellschaftern zugunsten des Nachfolgers nicht abgeschlossen werden kann, so bleibt zu prüfen, ob die durch die Nachfolgeklausel eröffnete Nachfolgemöglichkeit durch einen Verfügungstatbestand in der Weise ausgenutzt werden kann, daß der Gesellschafter zu seinen Lebzeiten mit seinem ausersehenen Nachfolger einen echten Verfügungsvertrag abschließt, nach dem die Mitgliedschaft nach dem Tode des Gesellschafters auf den Nachfolger unmittelbar übergehen soll 7). Dieser Verfügungsvertrag kann auch schon in der Nachfolgeklausel selbst gesehen werden, wenn der Nachfolgeberechtigte zu Lebzeiten des Gesellschafters den Gesellschaftsvertrag genehmigt und damit den Willen kund gibt, daß er echter Partner dieser als Verfügungsvertrag ausgestalteten Nachfolgeklausel sein will, die die gesamte Rechtsstellung des Gesellschafters mit seinem Tode unmittelbar auf ihn übergehen läßt. Das wäre dann ein durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingtes Verfügungsgeschäft zwischen Gesellschafter und dem zur Nachfolge Ausersehenen über den unentgeltlichen Erwerb der Mitgliedschaft unter Lebenden.

---

6) vergl. Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 17; Kipp-Coing: Erbrecht S. 388; Küster in DNotZ 56/463. Anderer Ansicht Weiler in DNotZ 52/289.

7) Küster DNotZ 56/464; Siebert BB 57/19; Reinicke in NJW 57/563.

1.) Diese Übertragung der Mitgliedschaft aufgrund Rechtsgeschäfts unter Lebenden auf den Todesfall wird durch die Vorschrift des § 2301 BGB vom Erbrecht berührt, und hieraus könnten sich Bedenken ergeben 8). Wäre das Verfügungsgeschäft als nicht vollzogenes Schenkungsversprechen anzusehen, das unter der Bedingung seines Todes vom Gesellschafter abgegeben wurde, so fiele der Verfügungsvertrag unter § 2301 I BGB und bedürfte der Form einer Verfügung von Todes wegen, um Wirksamkeit erlangen zu können. Verfügungsvertrag und Nachfolgeklausel entsprechen in der Regel dieser Form einer Verfügung von Todes wegen nicht. Wann aber eine Schenkung als vollzogen im Sinne des § 2301 II BGB betrachtet werden kann und damit nicht mehr den strengen Formvorschriften einer Verfügung von Todes wegen unterliegt, ist bestritten. Nach heute überwiegender Meinung 9) stellt sich auch eine aufschiebend bedingte Zuwendung eines Erblassers als Vollzug einer Schenkung im Sinne des § 2301 II BGB dar. Das wird damit begründet, daß der Erblasser durch die durch seinen Tod aufschiebend bedingte Verfügung schon zu seinen Lebzeiten ein Opfer aus seinem Vermögen erbracht hat, das als Leistung des zugewendeten Gegenstandes im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann. Dieses Vermögensopfer ergibt sich daraus, daß sich der Erblasser durch die durch seinen Tod aufschiebend bedingte Verfügung zu seinen Lebzeiten in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt. Er ist nach § 161 BGB nicht mehr in der Lage, rechtswirksam über den unter der Bedingung seines Ablebens verfügten Gegenstand anderweitig zu verfügen. Der durch die bedingte Schenkung Begünstigte hat eine gesicherte Anwartschaft erworben.

---

8) Solche Bedenken konnten beim Sachverhalt der Entscheidung des BGH in NJW 59/1433 nicht auftreten: Die Nachfolgeanordnung im Gesellschaftsvertrag war dort zugunsten eines Mitgesellschafters getroffen, wobei dieser als "Gegenleistung" (so BGH) die Erben des verfügenden Gesellschafters entsprechend abfinden soll. In eine Nachfolge im Sinne dieser Anordnung greift nach Ansicht des BGH § 2301 BGB nicht ein.
Zum Problem des § 2301 vgl. auf S. 15 vorne.

9) Kipp-Coing: Erbrecht S. 337 ff, RGR-Kommentar zu § 2301 BGB Anm.5, Bartholomeyczik: Erbrecht S. 364, Staudinger-Boehmer: Einl. zum Erbrecht § 26 Anm. 12, 16.

Nach dieser Auffassung erwirbt somit der Nachfolgeberechtigte aufgrund seines Verfügungsvertrags mit dem Gesellschafter eine feste Anwartschaft auf die Mitgliedschaft in der OHG, womit der unentgeltliche Erwerb der Mitgliedschaft als zu Lebzeiten des verfügenden Gesellschafters vollzogen gilt und nicht der Form einer Verfügung von Todes wegen bedarf. Damit sind die Bedenken aus § 2301 BGB gegenstandslos, und die Mitgliedschaft fällt mit dem Tode des Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall dem Nachfolgeberechtigten unmittelbar zu.

2.) Daß diese zwar rechtskontruktiv mögliche Lösung der Nachfolge aus rein praktischen Erwägungen höchst s e l t e n in Frage kommen dürfte, zeigen schon die ganzen bisherigen Erörterungen über die Nachfolge in die Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall. Diese Möglichkeit der Nachfolge kann den Interessen der Beteiligten kaum gerecht werden und wird ihrem Willen wenig entsprechen: Der verfügende Gesellschafter ist durch ein derartiges Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall seinem Nachfolger gegenüber vollkommen gebunden, obwohl er dessen menschliche und fachliche Fähigkeiten für die Übernahme seiner Gesellschafterstellung bei Abschluß des Rechtsgeschäfts wird kaum absehen können. Auch wird sich der verfügende Gesellschafter darüber im Klaren sein müssen, daß er mit dieser Regelung die Mitgliedschaft in der OHG seinen Erben entzieht, weil diese außerhalb des Erbrechts auf den Nachfolgeberechtigten übergeht. Des weiteren wäre es wenig verständlich, daß die Gesellschafter mit der Vereinbarung einer derartigen Nachfolgeregelung einen insofern unabänderlichen Gesellschaftsvertrag abschließen wollen; sie sind nicht in der Lage, die Stabilität der wirtschaftlichen Gesamtlage und die konkrete Entwicklung und Rentabilität ihrer Branche und ihres Unternehmens zu übersehen, obwohl es den Gesellschaftsvertrag diesen Faktoren unter Umständen anzu-

passen gilt. Wenn es Merkel 10) als den sichersten und zuverlässigsten Weg bezeichnet, den Nachfolger zu Lebzeiten des verfügenden Gesellschafters unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedingt in die OHG aufzunehmen, so mag er zwar insofern Recht haben, als die Kollission von erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Normen vermieden wird; dieser sichere Weg wird sich aber in der Praxis höchst selten begehen lassen, da er den realen Gegebenheiten nicht genügend Rechnung trägt.

B) Nachfolge in die Mitgliedschaft durch Eintrittsrecht

Eine weitere Möglichkeit der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG außerhalb der Vererbung ist der Weg, der dem Nachfolger ein Recht zum Eintritt in die OHG einräumt 11). Im Gegensatz zur Nachfolge durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall, nach der die Mitgliedschaft beim Tode des Gesellschafters unmittelbar auf den Nachfolger übergeht, ist hier die Nachfolge in die Mitgliedschaft durch den Eintrittsberechtigten von dessen positiver Zustimmung nach dem Tode des Gesellschafters abhängig, so daß hier besser von einer m i t t e l b a r e n Ü b e r t r a g u n g d e r M i t g l i e d s c h a f t auf den Eintrittsberechtigten gesprochen werden kann.

§ 14. Die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag

Voraussetzung für ein derartiges Eintrittsrecht des Nachfolgeberechtigten ist die Vereinbarung einer Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag. In dieser Eintrittsklausel können die konkrete Gestaltung und besondere Einzelheiten des Eintritts des Berechtigten genau festgelegt werden.

---

10) BB 56/836

11) Siebert in NJW 55/812, BB 56/837, BB 57/18, jur. Studiengesellschaft S. 12; Hueck: Recht der OHG S. 262; Liebisch in ZHR Bd. 16 S. 186; Tidau in MDR 57/643; Würdinger a.a.O. S. 95; Weipert zu § 139 Anm. 3.

1.) Durch die Eintrittsklausel erhält der zur Nachfolge Berechtigte, der Miterbe oder gar Dritter sein kann, ohne Rücksicht auf seine Erbeneigenschaft d a s R e c h t , nach dem Tode des Gesellschafters nach seinem freien Willen und Ermessen in die Gesellschaft einzutreten und sie mit den überlebenden Gesellschaftern fortzusetzen. Für die überlebenden Gesellschafter ergibt sich aus einer solchen Eintrittsklausel die Pflicht, den Eintrittsberechtigten in die Gesellschaft als Nachfolger des Verstorbenen eintreten zu lassen, wenn er von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht.

Bei der Eintrittsklausel des Gesellschaftsvertrags handelt es sich insoweit um einen V e r t r a g z u g u n s t e n D r i t t e r mit Wirkung auf den Todesfall des Gesellschafters nach § 331 BGB, durch den der Eintrittsberechtigte d a s R e c h t auf Eintritt in die Gesellschaft unmittelbar mit dem Tode erwirbt 12). Ein bloßes Eintrittsrecht kann durch Vertrag zugunsten Dritter begründet werden 13).

2.) Ob durch die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag auch eine P f l i c h t für den Nachfolgeberechtigten begründet werden kann, in die Gesellschaft einzutreten, ist bestritten. Ein Teil der Lehre bejaht die Möglichkeit der Schaffung einer Eintrittsverpflichtung durch den Gesellschaftsvertrag 14). Der ablehnenden Ansicht dürfte jedoch zu folgen sein 15), die eine verpflichtende Eintrittsklausel nicht für verbindlich hält. Sie nimmt an, daß durch Gesellschaftsvertrag nur ein Recht zur Fortsetzung der Gesellschaft geschaffen werden kann. Durch die Eintritts-

---

12) vergl. Siebert in NJW 55/812 und BB 56/837, Liebisch in ZHR Bd. 116 S. 186, Tidau in MDR 57/643; KG in HRR 33 Nr. 815, OLG Hamburg in MDR 55/43.

13) Im Gegensatz zum Übergang der gesamten Mitgliedschaft vergl. oben auf S. 40.

14) Hueck: Recht der OHG S. 263, Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 5, Weipert zu § 139 HGB Anm. 3.

15) Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 2, Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 12.

klausel im Gesellschaftsvertrag eine Eintrittspflicht für den Nachfolgeberechtigten begründen zu wollen, würde den Gesellschaftsvertrag nämlich zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter machen.

Eine Pflicht zum Eintritt kann dem zur Fortsetzung Ausersehenen nur durch Verfügung von Todes wegen oder deshalb auferlegt werden, weil er zu Lebzeiten des Gesellschafters seine Eintrittsverpflichtung auf den Todesfall gebilligt hat. Eine Verfügung von Todes wegen kann auch als Vermächtnis zugunsten der überlebenden Mitgesellschafter gestaltet werden, das in einem Anspruch gegen den Erben auf Eintritt in die Gesellschaft besteht 16). Allein durch Gesellschaftsvertrag aber kann eine Eintrittspflicht nicht begründet werden.

5. Der Vollzug des Eintritts des Nachfolgers

Der rechtliche V o r g a n g bei der mittelbaren Fortsetzung der Gesellschaft durch Eintrittsrecht bedarf einer genauen Darstellung.

1.) Mit seinem Tode scheidet der Gesellschafter aus der OHG aus; seine eigentliche Mitgliedschaft erlischt. Mit seinem Ausscheiden verwandelt sich der wirtschaftliche Vermögenswert seiner Mitgliedschaft nach § 105 II HGB, § 738 BGB in ein Abschichtungsguthaben, während seine gesamthänderische Mitberechtigung den überlebenden Gesellschaftern zuwächst.

2.) Der Eintritt des Fortsetzungsberechtigten auf Grund des durch die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag geschaffenen Eintrittsrechts kann nun verschieden gestaltet sein, je nach Stärke der Stellung, die dem Begünstigten eingeräumt werden soll und die sich durch Auslegung der Eintrittsklausel ermitteln lässt. Einmal kann dem Eintrittsberechtigten durch den Gesellschaftsvertrag ein o b l i g a t o r i s c h e r A n s p r u c h auf Aufnahme in

16) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 12.

die OHG zugewendet werden. Die überlebenden Gesellschafter sind dann verpflichtet, mit dem Eintrittsberechtigten einen Aufnahmevertrag abzuschließen, wenn er von dem ihm eingeräumten Eintrittsrecht Gebrauch macht. Der Eintrittsberechtigte wird in diesem Fall durch einen n e u e n V e r t r a g in die OHG aufgenommen. In der Eintrittsklausel selbst kann aber schon ein bindendes Vertragsangebot, ein echtes O p t i o n s r e c h t für den Fortsetzungsberechtigten liegen 17). Dann bedarf es nicht des Neuabschlusses eines Aufnahmevertrags, sondern der Begünstigte wird aufgrund des alten Gesellschaftsvertrags durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung Gesellschafter, in der er den überlebenden Gesellschaftern gegenüber sein Eintrittsrecht ausübt.

3.) Da es sich bei der Fortsetzung der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters kraft Eintrittsrechts um keine unmittelbare Nachfolge in die Gesellschafterstellung, sondern um einen mittelbaren Erwerb der Mitgliedschaft durch eine Rechtsausübung des Eintrittsberechtigten handelt, ist die R e c h t s l a g e d e r G e s e l l s c h a f t i n d e r Zeit interessant, die vom Tode des Gesellschafters bis zum Eintritt des Berechtigten besteht.

Zum Teil wird angenommen, daß die Gesellschaft mit dem Tode des Gesellschafters nach § 131 Nr. 4 HGB aufgelöst wird und in Liquidation tritt; durch den Eintritt des Fortsetzungsberechtigten wird diese Liquidationsgesellschaft dann wieder in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt 18). Diese Ansicht trägt den tatsächlichen Verhältnissen der OHG, wie sie beim Tode eines Gesellschafters bestehen, nicht genügend Rechnung.

---

17) Würdinger a.a.O. S. 95

18) Düringer-Hachenburg-Flechtheim zu § 139 HGB Anm. 5, Liebisch in ZHR Band 116 S. 129.

Demgegenüber entspricht die andere Meinung den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Gesellschaft und den Belangen der Beteiligten; sie legt der Eintrittsklausel die Wirkung bei, daß die Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern so lange allein fortgesetzt wird, bis sich der Eintrittsberechtigte entschieden hat, ob er eintreten will oder nicht 18). Dieser Ansicht dürfte beizutreten sein, vor allem, wenn man die eventuelle Dauer dieser Schwebezeit berücksichtigt. Der Übergangszustand der OHG wird nämlich in der Regel deshalb längere Zeit dauern, weil sich der Eintrittsberechtigte eine Überlegungsfrist ausbedingen wird, während der er sich über die wirtschaftliche und rechtliche Situation der Gesellschaft und seiner im Eintrittsfalle zu erwartenden Gesellschafterstellung erkundigen will. Um diesen bestehenden Übergangszustand nicht allzu sehr in die Länge zu ziehen, wird ein vorsichtig gefasster Gesellschaftsvertrag eine derartige Überlegungsfrist des Eintrittsberechtigten von vornherein zeitlich beschränken. Macht der Begünstigte von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch, indem er den überlebenden Gesellschaftern seinen Verzicht auf die Fortsetzung der Gesellschaft erklärt oder die ihm gesetzte Erklärungsfrist ungenutzt verstreichen lässt, so wird mangels Fortsetzungsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag für die überlebenden Gesellschafter die Gesellschaft in d e m Zeitpunkt aufgelöst und tritt in Liquidation, in dem die Möglichkeit wegfällt, das Eintrittsrecht geltend zu machen. Enthält der Gesellschaftsvertrag im Falle der Ablehnung des Eintritts durch den Berechtigten eine Fortsetzungsklausel für die übrigen Gesellschafter, so setzen diese die Gesellschaft von diesem Zeitpunkt an endgültig für sich allein fort. Die Erben des verstorbenen Gesellschafters erhalten je nachdem entweder die Liquidationsquote oder einen dem Kapitalanteil des Ausgeschiedenen entsprechenden

---

18) so Hueck: Recht der OHG S. 263, Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 13, Weipert zu § 139 Anm. 3, Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 6.

Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft.

§ 16. Die Stellung des Eintrittsberechtigten und der Erben

Während bei der Fortsetzung der Gesellschaft durch Eintrittsrecht die rechtliche Konstruktion des Eintrittsvorgangs selbst keine großen Schwierigkeiten bereitet hat, gibt die Rechtsstellung des Begünstigten in der OHG, insbesondere bezüglich seiner wirtschaftlichen Beteiligung, die er durch seinen Eintritt erwirbt, und die Stellung der Erben des verstorbenen Gesellschafters, die möglicherweise hinsichtlich der Mitgliedschaft ihres Erblassers in der OHG leer ausgehen, einige Probleme auf.

1.) Ist der Eintrittsberechtigte zugleich Alleinerbe des verstorbenen Gesellschafters, so erlangt er durch seine Aufnahme in die Gesellschaft ohne weiteres eine Mitgliedsstellung, wie sie sein Erblasser innegehabt hatte. Er allein erwirbt mit dem Tode des Gesellschafters den Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, über den er frei verfügen kann und den er bei seinem Eintritt in die OHG als Kapitalbeteiligung wieder einbringen muß. Die überlebenden Gesellschafter sind dann verpflichtet, die in Form des Abfindungsanspruchs dem eintrittsberechtigten Alleinerben zur Verfügung stehende vermögensmäßige Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters in eine quantitative Berechtigung des neueingetretenen Gesellschafters zurückzuverwandeln.

2.) In der Regel wird aber der verstorbene Gesellschafter nicht nur einen Alleinerben, dem zugleich das alleinige Eintrittsrecht durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumt ist, hinterlassen. Der durch die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag Begünstigte kann ein einzelner aus vielleicht einer Vielzahl von Miterben oder gar ein neben der Erbengemeinschaft stehender Dritter sein, während den nicht im Gesellschaftsvertrag berücksichtigten Miterben der Eintritt in die Gesellschaft verwehrt ist.

Für die Rechtsstellung des Eintrittsberechtigten ist hier die Frage von besonderer Bedeutung, welche k a p i t a l m ä ß i g e B e t e i l i g u n g er in die Gesellschaft einzubringen hat. Die Beantwortung dieser Frage ist die Aufgabe einer genauen Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Eintrittsklausel: Regelmäßig wird der Eintrittsklausel der Sinn beizulegen sein, daß die Gesellschafter mit der Vereinbarung eines Eintrittsrechts dem Berechtigten dieselbe Stellung innerhalb der Gesellschaft verschaffen wollen, wie sie der durch seinen Tod Ausgeschiedene innegehabt hat und wie sie beim Vorhandensein eines Alleinerben ohne weiteres gegeben ist, sofern er von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht. Für die Kapitalgrundlage des Eintrittsberechtigten hat das die Bedeutung, daß sie nur dieselbe sein kann, wie sie der verstorbene Gesellschafter besaß, daß sich also die Gesellschaft auch bei Vereinbarung einer Eintrittsklausel vor dem Abfluß von Kapital durch die Abfindungsansprüche der Erben sichern will 19). Nur in Ausnahmefällen, durch eine diesbezügliche Fassung der Eintrittsklausel oder besondere Anordnung im Gesellschaftsvertrag, wird die kapitalmäßige Beteiligung des Eintrittsberechtigten auf die Erbquote am Kapitalwert des verstorbenen Gesellschafters beschränkt bleiben können oder gar überhaupt kein Kapital beim Eintritt in die Gesellschaft einzubringen sein.

Ist im G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g bezüglich der Aufbringung von Kapital beim Eintritt des begünstigten Miterben oder Dritten n i c h t s v e r e i n b a r t, so wird man der Eintrittsklausel nach gewissenhafter A u s l e g u n g die Wirkung beilegen können, daß der Eintrittsberechtigte mit demselben Kapitalanteil in die Gesellschaft aufgenommen wird, wie er dem verstorbenen Gesellschafter zustand. Das durch das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters entstandene Abfindungsguthaben muß also dem Eintrittsberechtigten im Falle seines Eintritts in die Gesellschaft allein zustehen. Mit seiner Aufnahme

---

19) vergl. Siebert NJW 55/813

bringt er diesen Abfindungsanspruch wieder ein, der von den überlebenden Gesellschaftern in eine vermögensmäßige Beteiligung an der OHG umgewandelt wird.

Dem Eintrittsberechtigten steht es frei, auf die aus der Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters fließenden Vermögenswerte zu verzichten und die von ihm verlangte kapitalmäßige Beteiligung an der Gesellschaft aus seinem eigenen Privatvermögen aufzubringen. Damit räumt er die ganzen Schwierigkeiten bezüglich seiner vermögensmäßigen Beteiligung aus dem Wege und der Kapitalwert der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters steht der Miterbengemeinschaft in Form des Abfindungsanspruchs gegen die OHG zur gesamten Hand zu.

Problematisch ist, auf Grund welcher Rechtsvorschrift der Eintrittsberechtigte den wirtschaftlichen Vermögenswert der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters erwirbt und wie sich der Übergang der gesamten Mitgliedschaft auf den Eintrittsberechtigten dogmatisch und rechtskonstruktiv erklären lässt. Ist der Eintrittsberechtigte zugleich Erbe - Allein - oder Miterbe - des verstorbenen Gesellschafters, so besteht die Möglichkeit, daß er die wirtschaftliche Beteiligung der Mitgliedschaft auf Grund der als Vertrag zugunsten Dritter mit Wirkung auf den Todesfall ausgestalteten Eintrittsklausel als Anspruch gemäß § 331 BGB erwirbt.

Das Recht des Begünstigten auf Eintritt ergibt sich allein aus der Eintrittsklausel, die insoweit dogmatisch nur mit einem Vertrag zugunsten Dritter mit Wirkung auf den Todesfall des versprechenden Gesellschafters erklärt werden kann 20). Die Rechtsgrundlage für den Übergang des Eintrittsrechts auf den Berechtigten ist also § 331 BGB. Wenn nun die wirtschaftliche Beteiligung der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters in Form des

---

20) vergl. oben auf S. 46

Abschichtungsguthabens dem eintrittsberechtigten Erben auf Grund erbrechtlicher Universalsukzession gemäß § 1922 BGB zufallen soll, so kommt das der abzulehnenden Auffassung gleich, die eine Aufteilung der Mitgliedschaft in einen vermögensmäßigen und einen personenrechtlichen Bestandteil vornimmt und die rein vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft erbrechtlichen, die mehr persönlichen Elemente der Mitgliedschaft aber gesellschaftsrechtlichen bzw. hier schuldrechtlichen Normen unterwirft 21). Dagegen sind keine Bedenken der Ansicht gegenüber ersichtlich, die nicht nur das Recht auf Eintritt, sondern auch den Anspruch auf die damit verbundenen Vermögensrecht der Mitgliedschaft in einer OHG allein auf Grund Vertrags zugunsten Dritter gemäß § 331 BGB auf den Eintrittsberechtigten übergehen lässt. Auf Grund der als Vertrag zugunsten Dritter mit Wirkung auf den Todesfall ausgestalteten Eintrittsklausel erwirbt der Eintrittsberechtigte gemäß § 331 BGB mit dem Tode des Gesellschafters das Recht auf die "Leistung", die in einem Anspruch auf Eintritt in die OHG und auf Übertragung der wirtschaftlichen Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters besteht 22). Nur so erklärt

---

21) vergl. oben S. 5 ff und S. 30 und die dortige Begründung.

22) Diese Ansicht verkennen Reinicke in NJW 57/563, Tidau in MDR 57/644 und Kipp-Coing auf S. 391, die einer Eintrittsklausel insoweit die Wirksamkeit versagen, als durch sie erbrechtliche Abfindungs- und Ausgleichsansprüche nicht ausgeschlossen werden könnten, es hierzu vielmehr einer letztwilligen Verfügung bedürfte. Kipp-Coing a.a.O. ist der Meinung, daß ein Eintrittsrecht dem Bevorzugten lediglich die Möglichkeit gibt, in die Erbengesellschaft einzutreten, die kapitalmäßige Beteiligung aber vom Eintrittsrecht nicht umfasst wird. Solle auch die kapitalmäßige Beteiligung dem Eintrittsberechtigten anfallen, so müsse sie durch Verfügung von Todes wegen dem begünstigten Erben zugewiesen werden, weil eine Zuwendung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als Verfügung zu Lasten Dritter nicht erfolgen könne. Wo aber bei einer vom freien Willen des Begünstigten abhängigen Entscheidung über die Geltendmachung seines Eintrittsrecht die einseitige Verfügung zu Lasten des Eintrittsberechtigten liegen soll, ist nicht erklärlich.

man eine einheitliche Lösung für die Fortsetzung der Mitgliedschaft auf Grund einer Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag auch für den Fall, daß der Eintrittsberechtigte nicht Allein- oder Miterbe, sondern ein neben den Erben stehender Dritter ist, und nur so läßt sich ein Eintrittsrecht in die ganze Stellung eines durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters dogmatisch und rechtskonstruktiv sauber erklären. Für den Fall der Eintrittsberechtigung eines Dritten stellt sich diese Lösung über § 331 BGB außerdem als der einzig gangbare Weg für die Verwirklichung des von den Beteiligten der Eintrittsklausel beigelegten Willens dar. Die Stellung als Erbe hat für die Fortsetzung der Mitgliedschaft in einer OHG auf Grund eines durch Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Eintrittsrechts eben keine Bedeutung.

3.) Bei der mittelbaren Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Einräumung eines Eintrittsrechts an den Begünstigten liegt zwischen dem Zeitpunkt des Todes und damit dem Ausscheide des verstorbenen Gesellschafters und dem Zeitpunkt des Vollzugs des Eintritts durch den Berechtigten ein Zwischenraum, für den es die rechtliche Situation der wirtschaftlichen Beteiligung der Mitgliedschaft, die sich durch den Tod des Gesellschafters in ein Abschichtungsguthaben verwandelt hat, zu untersuchen gilt.

Der Ausschluß von Abschichtungsansprüchen, wie sie beim Ausscheiden eines Gesellschafters entstehen, bedeutet zugleich eine Zuwendung der vermögensmäßigen Beteiligung an einen Dritten 23). Man könnte zunächst an eine Z u w e n d u n g a n d e n E i n t r i t t s b e r e c h t i g t e n selbst denken. Diese Zuwendung wäre aufgrund der Eintrittsklausel so zu verstehen, daß der Gesellschafter seine quantitative Berechtigung am Gesellschaftsvermögen in Form des mit seinem Tod zu erwartenden Abschichtungsanspruchs durch ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Eintrittsberechtigten übertragen würde. Danach

---

23) vergl. auf S. 15

müßte der Abschichtungsanspruch mit dem Tod des Gesellschafters auf den Eintrittsberechtigten übergehen und ihm unmittelbar allein zustehen. Die von den beteiligten Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag getroffene Anordnung eines bloßen Eintrittsrechts für den Begünstigten billigt diesem den vollen Kapitalwert in Form des Abschichtungsanspruchs erst in dem Augenblick zu, in dem er sein Eintrittsrecht geltend macht und nicht schon mit dem Tode des Gesellschafters. Wem aber soll die vermögensmäßige Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters solange zustehen, b i s der Begünstigte von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht? Etwa den Erben in Form des Abschichtungsanspruchs zur gesamten Hand mit der Verpflichtung, dem begünstigten Miterben oder Dritten diesen Anspruch zu übertragen, sobald er von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht? Eine dogmatisch befriedigende Lösung dieser Frage lässt sich kaum finden, wenn man in der Eintrittsklausel zugleich eine Zuwendung des Kapitalwerts der Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters an den Eintrittsberechtigten sieht. Außerdem ist wegen der Bedenken aus § 2301 BGB 24) kaum anzunehmen, daß die Gesellschafter durch die Vereinbarung einer Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag eine Bindung dem Eintrittsberechtigten gegenüber derart eingehen wollen, daß der Gesellschaftsvertrag dadurch unabänderlich geworden wäre.

Das RG 25) hat versucht, die sich durch den Ausschluß von Abfindungsansprüchen ergebende Zuwendung des Kapitalwerts der Beteiligung an einen Dritten so lange hinauszuschieben und nicht geschehen zu lassen, bis der Begünstigte sein Eintrittsrecht ausübt. Das RG konstruiert insofern einen Schwebezustand in Form einer zeitweise vakanten oder v o r ü b e r g e h e n d r u h e n d e n M i t g l i e d s c h a f t , in die der Berechtigte dann eintritt. Mit Siebert 26) ist aber zu bezweifeln, ob der Gedanke einer solchen ruhenden Mitgliedschaft bei einer Personalgesellschaft zu rechtfertigen

---

24) vergl. auf S. 15 und auf S. 43

25) RGZ 145/293

26) jur. Studiengesellschaft S. 15; und NJW 55/813; vergl. auch Tidau in MDR 57/643

ist. Es würde nämlich weder die Mitgliedschaft mit dem Tode des Gesellschafters erlöschen, noch eine Anwachsung der qualitativen Berechtigung am Gesamthandvermögen der Gesellschaft zugunsten der überlebenden Gesellschafter stattfinden. Wohl sind dies gesellschaftsrechtliche Grundsätze, die keine Anwendung finden, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderes ergibt 27); im Gesellschaftsvertrag kann aber nicht etwas vereinbart werden, was der Rechtsnatur der OHG und der gesamten Struktur des Rechts der Personalgesellschaften so widerspricht, wie die Konstruktion einer vakanten Mitgliedschaft.

Demgegenüber ist die Lösungsmöglichkeit vorzuziehen, die in dem Eintrittsrecht des Begünstigten in die ganze Stellung des verstorbenen Gesellschafters und dem damit verbundenen Ausschluß von Abschichtungsansprüchen eine Zuwendung des Kapitalanteils an die überlebenden Gesellschafter sieht 28). Die Eintrittsklausel erlegt diesen dann gleichzeitig die Verpflichtung auf, dem Eintrittsberechtigten bei der Ausübung des ihm eingeräumten Eintrittsrechts den Kapitalanteil des Verstorbenen zu übertragen. Macht er von seinem Recht keinen Gebrauch, dann haben die überlebenden Gesellschafter den ihnen zugewandten Kapitalanteil ihres ehemaligen Mitgesellschafters seinen Erben in Form des Abschichtungsguthabens auszuzahlen 29). In der gesellschaftsvertraglichen Eintrittsklausel liegt also zugleich eine Art treuhänderische Zuwendung der vermögensmäßigen Beteiligung an die fortsetzenden Gesellschafter, die durch den Tod aufschiebend bedingt ist. Die eigentliche Mitgliedschaft des verstorbenen Gesell-

---

27) § 131 Ziff. 4 HGB

28) Siebert NJW 55/813 und jur. Studiengesellschaft S. 15.

29) Wenn Siebert a.a.O. meint, der Wertbetrag des Kapitalanteils sei dem Eintrittsberechtigten auch dann allein auszuzahlen, wenn er von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch macht, so scheint er den der Eintrittsklausel zugrundeliegenden Willen der Beteiligten bei der Auslegung nicht genügend zu beachten.

schafters erlischt, seine gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen wächst den Überlebenden zu, und nur sein Kapitalanteil bleibt vorübergehend noch in der Gesellschaft stecken.

Die bei dieser unentgeltlichen aufschiebend bedingten treuhänderischen Zuwendung an die überlebenden Gesellschafter auftauchenden Bedenken aus § 2301 BGB werden durch die herrschende Meinung zu dieser Vorschrift zerstreut, die ein derartiges bedingtes Rechtsgeschäft unter Lebenden als bereits zu Lebzeiten des verfügenden Gesellschafters vollzogen ansieht und damit nicht mehr als unter die strengen Formvorschriften des § 2301 I BGB fallend betrachtet: Der verfügende Gesellschafter hat bereits zu Lebzeiten seinen Mitgesellschaftern ein gefestigtes Anwartschaftsrecht an seinem Kapitalanteil eingeräumt, indem er sich ihnen gegenüber insofern gebunden hat, als er nach § 161 BGB über den Kapitalanteil nicht mehr rechtswirksam anderweitig verfügen kann 30). Diese verfügungsrechtliche Bindungswirkung seinen Mitgesellschaftern gegenüber wird bei der Vereinbarung der Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag geschaffen, dessen Abänderung ja nur im Einverständnis aller Gesellschafter erfolgen kann 31).

4.) Für die Rechtsstellung der nichteintrittsberechtigten Erben des verstorbenen Gesellschafters hat die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch die Ausübung des dem Begünstigten mittels Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Eintrittsrechts die Bedeutung, daß Abschichtungsan-

---

30) vergl. auf S. 15 und auf S. 43

31) Die Eintrittsklausel als gegenseitige Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern anzusehen, wie die Zuwendung des Kapitalanteils bei Fortsetzung der OHG unter den überlebenden Gesellschaftern (vergl. auf S. 16) kann hier kaum in Erwägung gezogen werden. Die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag hat in der Regel einen viel zu individuellen Charakter, um für den Tod eines jeden Gesellschafters gleich gestaltet werden zu können und um jedem die gleichen gegenseitigen Chancen und Risiken so einräumen zu können, wie das bei der Fortsetzung der OHG durch die überlebenden Gesellschafter unter Ausschluß von Abfindungsansprüchen möglich ist.

sprüche zu ihren Gunsten gegen die Gesellschaft mit dem Tod des Gesellschafters überhaupt nicht zur Entstehung gelangen, wenn der Begünstigte von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht. Daß der Eintrittsklausel der Gedanke des Ausschlusses von Abfindungsansprüchen gegen die Gesellschaft beigelegt werden kann, ist deshalb zulässig, weil einem Gesellschafter nicht verwehrt werden kann, im Gesellschaftsvertrag schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen, die auch seine Erben binden 32). Die Zuwendung eines Eintrittsrechts in die Gesellschafterstellung des verstorbenen Gesellschafters an den Eintrittsberechtigten beruht ausschließlich auf der als Vertrag zugunsten Dritter ausgestalteten Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag und hat mit dem Erbrecht keinerlei Beziehung 33). Es erübrigt sich deshalb auch jede Erörterung über erbrechtliche Anrechnungs- oder Ausgleichsansprüche der Erben gegen den Eintrittsberechtigten, da weder das Eintrittsrecht selbst noch der damit verbundene Kapitalanteil in den Nachlaß fallen.

§ 17. Die praktische Bedeutung der Nachfolge durch Eintrittsrecht

Auch dieser an sich gangbare Weg der Fortsetzung der Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters durch die Vereinbarung einer Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag zeigt sich nicht frei von Schwierigkeiten. Zwar wird der Problematik der Kollision von zwingenden erbrechtlichen Grundsätzen und gesellschaftsrechtlicher Vertragsfreiheit ausgewichen; diese mittelbare Fortsetzung der Gesellschaft durch Ausübung des im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Eintrittsrechts wird aber höchst selten im Interesse der beteiligten Gesellschafter liegen und in den wenigsten Fällen ihrem Willen entsprechen.

---

32) Schlicht in NJW 54/986; Wolf in NJW 54/1551

33) vergl. RG in JW 27/1201, RGZ 145/292, OLG Bamberg in MDR 56/41, Staudinger-Geiler zu § 727 BGB Anm. 8, Hueck in NJW 54/477.

Die große Schwäche einer bloßen Eintrittsberechtigung liegt darin, daß es im freien Ermessen des Eintrittsberechtigten steht, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will und in die Stellung des verstorbenen Gesellschafters einzutreten bereit ist oder nicht. Für die Beteiligung bedeutet diese Entscheidungsfreiheit eine erhebliche Unsicherheit, weil es allein von einem Dritten abhängt, ob die Gesellschaft unter Einschluß des Dritten wie bisher fortbesteht, ob sie aufgelöst wird und in die Liquidation tritt oder ob sie bei entsprechender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nur unter den überlebenden Gesellschaftern fortbesteht, wobei dann aber eine Schwächung der Gesellschaft durch die Auszahlung des Abfindungsanspruchs an die Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht zu vermeiden ist. Es ist damit in die Hand des Eintrittsberechtigten gelegt, ob die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters seinen Erben wenigstens in Form des Abfindungsanspruchs zugute kommt oder ob sie hinsichtlich der Beteiligung ihres Erblassers an der OHG leer ausgehen. Angesichts dieser Schwächen der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG durch Eintrittsrecht ist die Bemerkung Tidaus 34) kaum verständlich, daß dieser Weg der geeignetste sei und die Eintrittsklausel sich gerade bezüglich der umfangreichen Veränderungen des Wirtschaftslebens durch Jahrzehnte hindurch als gegenüber veränderten Umständen am anpassungsfähigsten erwiesen habe. Der Weg über das Eintrittsrecht erscheint nur soweit geeignet, als er eben die Kollision von Erb- und Gesellschaftsrecht vermeidet.

§ 18. Die Umdeutung der Vererbungsklauseln in Eintrittsklauseln

Allein aus dem Grunde, der Kollision von Erb- und Gesellschaftsrecht irgendwie auszuweichen, lassen sich auch die Versuche erklären, die wegen der Diskrepanz von erbrechtlichem Typenzwang und gesellschaftsrechtlicher Vertragsfreiheit eine unmittelbare Nachfolge überhaupt nicht für

34) in MDR 57/644

möglich halten und deshalb eine U m d e u t u n g der echten Vererbungsklauseln von Gesellschaftsverträgen in Eintrittsklauseln in Erwägung ziehen 35). Den Versuchen in dieser Richtung liegt meist der Fehler zugrunde, daß bei der Fortsetzung von Gesellschaften nach dem Tode eines Gesellschafter zwischen unmittelbarer Nachfolge und mittelbarem Eintrittsrecht nicht genügend unterschieden wird und auch die Terminologie zu diesem Thema nicht eindeutig ist 36). Zwischen den bloßen Eintrittsklauseln und den echten Nachfolgeklauseln bestehen so grundlegende Unterschiede, daß eine generelle Umdeutung nicht zulässig sein kann 37), obgleich es natürlich manchmal einer gewissenhaften Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Fortsetzungsklausel bedarf, um zu ermitteln, ob ein bloßes Eintrittsrecht oder eine echte Vererbung gewollt ist. Dem bloßen Eintrittsrecht liegt der Wille der Gesellschafter zugrunde, durch eine mittelbare Fortsetzungsanordnung im Gesellschaftsvertrag es dem Ermessen des Berechtigten zu überlassen, ob er eintreten will oder nicht. Eine echte Nachfolgeklausel dagegen will dem Berechtigten keine eigene Entscheidungsfreiheit einräumen, sondern sein unmittelbares automatisches Einrücken in die Rechtsstellung des verstorbenen Gesellschafters. Eine Umdeutung in eine Eintrittsklausel könnte äußerstenfalls dann dem Willen der Beteiligten entsprechen und wäre in Erwägung zu ziehen, wenn sich tatsächlich überhaupt keine rechtskonstruktiv und dogmatisch befriedigende Lösungsmöglichkeit für eine unmittelbare echte Nachfolge in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters finden liesse.

---

35) Tidau in MDR 57/643; Weipert zu § 139 Anm. 13.

36) Selbst der BGH ist in seinem Urteil BGHZ 22/193 unklar, wenn er von "eintreten dürfen" spricht, obwohl er ganz offensichtlich von einer unmittelbaren automatischen Nachfolge ausgeht. Vergl. auch LG Bremen in NJW 54/477 mit der kritischen Bemerkung von Hueck u.a. auch zur Terminologie des LG.

37) Siebert in NJW 55/812 und jur. Studiengesellschaft S. 23, Zunft in NJW 57/1132.

IV. Teil

Die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Vererbung (Die Lösung der Problematik)

Die Lösungsversuche der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG, die außerhalb des Erbrechts des BGB liegen, haben sich zum Teil als rechtlich gangbare Wege für die Fortsetzung einer OHG nach dem Tode eines Gesellschafters erwiesen, obgleich doch gerade das Erbrecht dazu berufen ist, die Nachfolge in die Rechtsposition eines Verstorbenen anzuordnen und zu vollziehen. Daher lassen diese Versuche durchweg auch nicht verkennen, daß ihnen eben ausschließlich der Gedanke zugrunde liegt, eine Kollision von Normengruppen und Rechtsgrundsätzen zweier nicht aufeinander abgestimmter Rechtsgebiete zu umgehen und den dabei auftauchenden Problemen zu entfliehen. Statt dessen liegt es aber doch viel näher, die Furcht vor dem Zusammenprall von gesellschaftsrechtlicher Vertragsfreiheit und zwingender erbrechtlicher Typizität zu überwinden und nach einer brauchbaren L ö s u n g d e r S c h w i e r i g k e i t e n in dem Rahmen zu suchen, in dem sie entstanden sind: in d e n b e i d e n k o l l i d i e r e n d e n u n d i n e i n a n d e r g r e i f e n d e n R e c h t s g e b i e t e n s e l b s t.

Die verschiedenen Auffassungen zur Lösung des Konflikts lassen deutlich erkennen, daß man sie im großen und ganzen in zwei Gruppen einteilen kann: in eine e r b r e c h t l i c h e und e i n e g e s e l l s c h a f t s r e c h t l i c h e G r u p p e, je nachdem welche Normen und Grundsätze in den Vordergrund gerückt werden und welches Rechtsgebiet zugunsten des andern zurückzutreten hat. Das Erbrecht

kennt beim Vorhandensein mehrerer Miterben nach dem Tode eines Erblassers nur das Institut der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand; der Gesellschaftsvertrag aber hat die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters nur für einen nachfolgeberechtigten Miterben vererblich gemacht, er verlangt also einen Einzelerben. Dieser Widerspruch ist innerhalb der beiden kollidierenden Rechtsgebiete nur dadurch zu beseitigen, daß man e n t w e d e r d e m G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g o d e r d e m E r b r e c h t e i n e n g e w i s s e n V o r r a n g e i n r ä u m t .

A) Die "erbrechtlichen" Lösungsversuche

Da es das erbrechtliche Institut der Miterbengemeinschaft ist, das sich mit dem persönlichkeitsbezogenen Gesellschaftsrecht nicht in Einklang bringen lässt, werden alle zum Erbrecht tendierenden Lösungsversuche dieser Kollision von dem Grundgedanken getragen, d e n n a c h f o l g e b e r e c h t i g t e n M i t e r b e n i r g e n d w i e a u s d e r g e s a m t h ä n d e r i s c h e n M i t e r b e n g e m e i n s c h a f t z u b e f r e i e n und ihm eine selbständige Erbenstellung so zu verschaffen, daß die vom Gesellschaftsvertrag verlangte Einzelnachfolge verwirklicht werden kann.

§ 19. Der Ausschluß der Nachfolge

Die erbrechtliche Lösung der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG sieht in ihrer strengsten Ausgestaltung vor, daß die Nichtübereinstimmung der gesellschaftsvertraglichen Anordnung mit den erbrechtlichen Gegebenheiten beim Tode des Gesellschafters eine N a c h f o l g e für den berechtigten Miterben überhaupt a u s s c h l i e ß t 1). Er kann aufgrund der allein ihn begünstigenden Vererbungsklausel im Gesellschaftsvertrag nicht Nachfolger des ver-

1) Siebert in BB 57/19

storbenen Gesellschafters werden, weil ihm erbrechtlich die Mitgliedschaft in der OHG nicht allein zusteht. Die Erbengemeinschaft aber, die die Mitgliedschaft als Nachlaßgegenstand zur gesamten Hand erwirbt, kann in diesem Fall schon deshalb nicht Mitglied der OHG werden, weil gesellschaftsvertraglich die Mitgliedschaft nur einer Einzelperson zufallen kann.

Im Grunde genommen ist das aber dieselbe Inkongruenz zwischen Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, wie sie sich auch aus einer Nachfolgeklausel dergestalt ergibt, daß sämtlichen Miterben im Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeberechtigung eingeräumt ist 2). Wenn aber dort die herrschende Lehre und Rechtsprechung 3) die auftauchenden Schwierigkeiten ohne Bedenken überwindet und eine Nachfolge in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters zulässt, wäre es völlig unverständlich, in diesem Fall eine Nachfolge nur deshalb überhaupt auszuschließen, weil sich hier die "gesellschaftsvertragliche Vererblichkeit" mit den erbrechtlichen Gegebenheiten auch in personeller Hinsicht nicht deckt. Diese Auffassung, die die gesellschaftsvertragliche Nachfolgemöglichkeit für einen einzelnen Erben an der personellen zahlenmäßigen Nichtübereinstimmung mit dem Erbrecht vollkommen scheitern lassen will, ist mit der herrschenden Meinung abzulehnen.

§ 20. Die Nachfolge durch Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft

Daraufhin ist zu untersuchen, ob sich die Nachfolge des einzelnen Miterben in die Mitgliedschaft a u f d e m W e g e ü b e r e i n e A u s e i n a n d e r s e t z u n g mit den im Gesellschaftsvertrag nicht berücksichtigten Miterben vollziehen lässt. Zwar hätte diese Lösung einer Auseinandersetzung den Vorteil, daß dem zwingenden erbrecht-

---

2) vergl. oben auf S. 34, auch zu der Frage, warum eine Erbengemeinschaft auch im allgemeinen nicht Mitglied einer Personalgesellschaft sein kann.

3) vergl. Anm. 35 auf Seite 35.

lichen Grundsatz des gesamthänderischen Anfalls von Nachlaßgegenständen an Miterben Genüge getan wäre. Eine derartige Auseinandersetzung ist aber, genau so wie bei der Nachfolge sämtlicher Miterben, nicht möglich 4), weil einerseits die Mitgliedschaft durch die gesellschaftsvertragliche Anordnung der Beschränkung der Nachfolge auf einen einzelnen Miterben der Erbengemeinschaft überhaupt nicht zufallen kann und andererseits eine Erbengemeinschaft sich nicht über einen Nachlaßgegenstand auseinandersetzen kann, der ihr gar nicht zur gesamten Hand gehört.

Auch bliebe die Mitgliedschaft in der OHG vom Tode des Gesellschafters bis zum Vollzug der Auseinandersetzung ohne Inhaber und würde nicht ausgeübt 5). Ein derartiger Übergangszustand, der bei der Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Eintrittsrecht so große rechtliche Schwierigkeiten bereitet hat 6), soll aber durch eine echte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag gerade verhindert werden. Die unmittelbare Nachfolge des begünstigten Miterben in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters, die eine Vererbungsklausel anordnet, ist auf dem Weg über eine Erbauseinandersetzung nicht zu erreichen.

Auch die Lösung einer nur t e i l w e i s e n E r b a u s e i n a n d e r s e t z u n g , wie sie z.B. Schlicht 7) vorschlägt, kann auf befriedigende Weise nicht zum Ziel führen. Nach Schlicht soll bis zur Erbauseinandersetzung jeder Miterbe, auch der, der nach dem Gesellschaftsvertrag nicht als Gesellschafter in die OHG aufgenommen werden kann, am gemeinsamen Nachlaßvermögen beteiligt sein; nur der Gesellschafter-Miterbe soll aber die Verwaltungsrechte in der OHG ausüben dürfen, weil diese aufgrund der Fortsetzungsklausel nur in seiner Person entstehen. Die Gesellschafterstellung des Verstorbenen wird hier offensichtlich nach der heute kaum mehr vertretbaren Einteilung in die rein persönlichen und die rein vermögensrechtlichen Bestandteile getrennt, wobei alle vermögensrechtlichen Bestandteile dem

---

4) vergl. oben auf S. 36
5) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 20
6) vergl. S. 48 und S. 51 ff
7) in NJW 54/985

gesamthänderischen Nachlaß der Miterbengemeinschaft anfallen und der Erbauseinandersetzung unterliegen. Das würde aber bedeuten, daß bis zur Erbauseinandersetzung die vermögensrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft zustünden und damit auch in die Hände von Erben geraten wären, die niemals Gesellschafter geworden sind und es auch niemals werden können. Es wären also Nichtgesellschafter vorübergehend vermögensrechtlich an der OHG beteiligt. Daß der Miterbengemeinschaft etwa nur der Kapitalwert der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters in der Form eines Abschichtungsanspruchs zur gesamten Hand zustehen soll und eine Auseinandersetzung nur darüber erfolgen soll, ist gleichfalls ausgeschlossen, weil zur Entstehung eines Abfindungsanspruchs nach § 738 BGB das Erlöschen der Mitgliedschaft eines ausgeschiedenen Gesellschafters und die Anwachsung seiner gesamthänderischen Mitberechtigung an die Überlebenden vorausgesetzt wird. Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag will doch aber gerade diese Folgen vermeiden, wenn sie die unmittelbare Fortsetzung der Gesellschaft mit dem begünstigten Miterben anordnet. Bei der reinen Vererbung der Gesellschafterstellung in einer OHG erlischt eben die Mitgliedschaft des Verstorbenen nicht; eine Anwachsung im Sinne des Gesetzes findet nicht statt und infolgedessen können auch keine Abfindungsansprüche für die Erbengemeinschaft zur Entstehung gelangen. Die Mitgliedschaft in der OHG soll durch den Nachfolger-Miterben so fortgesetzt werden, wie sie der verstorbene Erblasser-Gesellschafter innegehabt hat.

Mit Hilfe einer Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft kann die Nachfolge des Berechtigten in die Mitgliedschaft einer Personalgesellschaft nicht herbeigeführt werden. Das Institut der Erbengemeinschaft als solches kollidiert bereits mit dem Gesellschaftsvertrag und die Auseinandersetzung ist eben erst eine Folge der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand.

§ 21. Die "Teilnachfolge" in Höhe der Miterbenquote

Der B G H und H u e c k 8) schlagen als Lösung den Weg über die sogenannte " T e i l n a c h f o l g e " 9) vor. Diese Lösung geht zunächst von der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag aus: Gesellschafter in der OHG anstelle des verstorbenen Erblassers kann im Augenblick des Erbfalls nur der durch die gesellschaftsvertragliche Anordnung bevorzugte Miterbe werden; die übrigen Miterben sind auf jeden Fall von der Nachfolge ausgeschlossen ; sie können allein aufgrund ihrer Erbfolge niemals Gesellschafter werden. Sodann wird aber deutlich dem Erbrecht der Vorrang eingeräumt, hinter dem die gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zurücktreten müssen: Erbrechtlich, so wird argumentiert, kann der Nachfolger-Miterbe nur den Teil des Kapitalwerts der Beteiligung des Erblassers erhalten, der ihm aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder durch Verfügung von Todes wegen zufällt. Nur mit diesem Anteil wird er Gesellschafter. Der übrige Teil der Kapitalbeteiligung des Verstorbenen muß erbrechtlich den nicht nachfolgeberechtigten Miterben zustehen. Da diese von der Nachfolge in die OHG durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sind und Nichtgesellschafter an einer Personalgesellschaft auch bloß kapitalmäßig nicht beteiligt sein können, verwandelt sich ihr Anteil am Kapitalwert des Erblasser-Gesellschafters gem. § 738 BGB in einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, der den im Gesellschaftsvertrag nicht berücksichtigten Erben zur gesamten Hand zusteht. Der Kapitalanteil des Erblasser-Gesellschafters zerfällt also mit seinem Tode in zwei Teile, während die eigentliche Mitgliedschaft ausschließlich und unmittelbar dem Nachfolger-Miterben zusteht. Nur wenn im Gesellschaftsvertrag Abfindungsansprüche für die nichtnachfolgeberechtigten Miterben aus-

8) vergl. BGHZ 22/193 und Hueck in JZ 57/223

9) Diese Bezeichnung stammt von Siebert (BB 57/19). Er nannte diese Lösung deshalb treffend "Teilnachfolge", weil sie im Gegensatz zu der von ihm geforderten "Vollnachfolge" steht, die später noch erörtert werden wird.

drücklich ausgeschlossen worden sind, soll dem bevorzugten Miterben die Mitgliedschaft auch mit dem ganzen Kapitalanteil des verstorbenen Gesellschafters zufallen.

1.) Der B G H 10) meint, daß es doch im wesentlichen eine Frage erbrechtlicher Art sei , ob die Eigenschaft als Miterbe ausreicht, um dem Begünstigten die volle oder wenigstens eine teilweise Nachfolge in die Stellung des Erblassers in der Gesellschaft zu verschaffen. Bei der Beantwortung dieser Frage geht er von einer zweifachen Fallgestaltung aus, deren Lösungen von der herrschenden Lehre und Rechtssprechung einhellig anerkannt werden: Einmal faßt er den Fall ins Auge, in dem sämtliche Miterben gesellschaftsvertraglich als Nachfolger des Erblasser-Gesellschafters zugelassen sind, zum andern wird die gesellschaftsrechtliche Möglichkeit herangezogen, nach der die Gesellschaft mit dem Tod des Erblassers unter den überlebenden Gesellschaftern allein fortgesetzt wird, sämtliche Erben also von einer Nachfolge ausgeschlossen sind. Es sei eine Folge des Erbrechts, daß im ersten Fall jeder Miterbe automatisch mit dem Erbfall Gesellschafter in der OHG wird und zwar mit einem seiner Erbquote entsprechenden Anteil der Kapitalbeteiligung des Verstorbenen, während im zweiten Fall die Miterben schon kraft gesellschaftsvertraglicher Anordnung nicht Gesellschafter werden können, weshalb sie als Erbengemeinschaft einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft erhalten, dessen Höhe sich aus den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen ergibt.

Daraus leitet nun der BGH seine Lösung für die gesellschaftsvertraglich verlangte Einzelnachfolge e i n e s Miterben ab, indem er in dieser Einzelnachfolge eine Vermischung der beiden obigen Tatbestände sieht: Der Miterbe, der als Gesellschaftsnachfolger zugelassen ist, erhalte kraft seines Erbrechts nur einen Teil des Gesellschaftsanteils seines Erblassers, während den Miterben, die als Gesellschafternach-

---

10) BGHZ 22/193

folger nicht zugelassen sind, zur gesamten Hand ein Abfindungsanspruch zustehen müsse. Beides erscheine als zwangsläufige Folge der erbrechtlichen Stellung der einzelnen Miterben. Denn der Rechtserwerb vollziehe sich nach erbrechtlichen Gesichtspunkten, der gesellschaftsvertraglichen Regelung komme dabei nur insofern Bedeutung zu, als sie die Art des Rechtserwerbs bestimme.

Sodann führt der BGH aus 11), im Gesellschaftsvertrag könne ausdrücklich vorgesehen werden, daß die nichtnachfolgeberechtigten Miterben einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft n i c h t erhalten sollen. Der BGH scheint dabei den Grundgedanken einer derartigen Regelung anzuerkennen, wenn er betont, daß die Befugnis zum Ausschluß von Abfindungsansprüchen im Interesse des Gesellschaftsunternehmens den Gesellschaftern zugebilligt werden muß. Diese Regelung diene der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens und verhindere das Anwachsen der Gesellschafterzahl. Er zieht daraus aber unverständlicherweise nicht die naheliegende Konsequenz, daß mit einem solchen Ausschluß von Abfindungsansprüchen der ganze Gesellschaftsanteil des Erblasser-Gesellschafters unmittelbar dem nachfolgeberechtigten Miterben allein zufällt. Das sei deshalb ausgeschlossen, weil der Gesellschafter-Miterbe nur das und nur soviel erlangen könne, wie ihm aufgrund seines Erbrechts zustehe. Der Gesellschaftsvertrag könne bei dem einen Miterben nicht selbständiger Erwerbsgrund für die ganze Mitgliedschaft sein.

Der BGH versucht aber trotzdem, zu dem Ergebnis einer v o l l e n N a c h f o l g e des bevorzugten Miterben in die Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters zu gelangen, weil sie eben zu sachgerechten Folgen führt und den praktischen Bedürfnissen und allgemeinen Anschauungen des Verkehrs entspricht. Er erreicht dieses Ziel auch, aber auf einem seltsamen, dogmatisch kaum befriedigenden Wege: Der dem nachfolgeberechtigten Miterben nicht zufallende Teil

---

11) BGHZ 22/194

der Kapitalbeteiligung des Erblassers wachse durch den Ausschluß der Abfindungsansprüche für die übrigen Miterben den überlebenden Gesellschaftern zu. "Aus Rechtsgründen" sei es deshalb möglich, durch den Gesellschaftsvertrag eine v e r t r a g l i c h e V e r p f l i c h t u n g der übrigen Gesellschafter dahin zu begründen, daß sie diesen ihnen beim Tode des einen Gesellschafters zugewachsenen Teil seines Gesellschaftsanteils auf den in die Gesellschaft automatisch eingetretenen Gesellschafter-Miterben übertragen und zwar dergestalt, daß der Nachfolger-Miterbe auf diesem Wege einen Gesellschaftsanteil in gleicher Höhe wie sein Erblasser erhält.

2.) Auch H u e c k 12) geht davon aus, daß bei der gesellschaftsvertraglich angeordneten Einzelnachfolge eines Miterben dieser grundsätzlich nur mit einem seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil der Kapitalbeteiligung des Erblasser-Gesellschafters die Mitgliedschaft erwerbe. Er nimmt gleichfalls eine Zweiteilung des Gesellschaftsanteils des Erblassers im Augenblick seines Todes vor, wovon der dem Nachfolger-Miterben nicht zufallende Teil nach § 738 BGB den übrigen Gesellschaftern anwachsen solle und zwar im Gegensatz zur Meinung des BGH den überlebenden Gesellschaftern e i n s c h l i e ß l i c h des nachfolgenden Miterben-Gesellschafters. Die nichtnachfolgeberechtigten Miterben sollen dafür als Erbengemeinschaft zur gesamten Hand einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die OHG erhalten.

Dieser Abfindungsanspruch für die "ausscheidenden Erben" 13) des verstorbenen Gesellschafters soll nun ausgeschlossen sein, wenn das der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsieht. Der Ausschluß sei im Gesellschaftsinteresse besonders naheliegend und sei für die Rechtsstellung der Erben bindend, weil sie ja lediglich in die dem Erblasser aufgrund des Gesellschaftsvertrags zustehenden Rechte und Pflichten ein-

---

12) in JZ 57/222

13) So bezeichnet Hueck die nichtnachfolgeberechtigten Miterben etwas mißverständlich in JZ 57/222, wobei der Eindruck entstehen könnte, daß diese Miterben bereits Mitglieder der Gesellschaft geworden waren.

rücken könnten. Entgegen der Ansicht des BGH entspricht es aber nach Hueck dem Willen der Gesellschafter, daß dann der ganze Gesellschaftsanteil des Erblassers auf seinen Nachfolger-Miterben übergeht 14).

3.)Die Lösungsversuche auf dem Weg über die sog. "Teilnachfolge" gehen völlig richtig zunächst vom Gesellschaftsvertrag aus und anerkennen bei der Beschränkung der Nachfolge auf nur einen Miterben, daß allein er Mitglied der Gesellschaft werden könne. Anstatt nun aber die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel genau auszulegen und den ihr zugrunde liegenden wirklichen Willen der Gesellschafter zu erforschen, wird sofort dieNachfolge vom Erbrecht her erfaßt, indem die Frage gestellt wird, ob die Eigenschaft als Miterbe ausreicht, eine volle oder teilweise Nachfolge zu verwirklichen. Die Stellung dieser Frage erübrigt sich aber bei einer wirklich genauen Auslegung der Nachfolgeklausel von vornherein, weil eine solche einzig und allein zu dem Ergebnis gelangen kann, daß bereits mit der bloßen Anordnung einer Nachfolgeberechtigung für nur e i n e n Miterben diesem die gesamte Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters allein zustehen soll.

Eines ausdrücklichen Ausschlusses von Abfindungsansprüchen im Gesellschaftsvertrag für die nichtnachfolgeberechtigten Miterben bedarf es dann überhaupt nicht, um eine Nachfolge des begünstigten Miterben mit dem vollen Kapitalanteil des Erblasser-Gesellschafters zu erreichen. Im Gegenteil, es wäre gerade eine besondere gesellschaftsvertragliche Anordnung erforderlich, um eine Teilnachfolge so zu verwirklichen, daß der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters nach seinem Tode unmittelbar aufgespalten werden soll in einen Teil, der dem Nachfolgermiterben zusteht, und in einen Teil, der sich in einen schuldrechtlichen Abfindungs-

---

14) In diesem Sinne dürfte auch die Lösung von Kipp-Coing 10. Auflage S. 318 ff zu verstehen gewesen sein, mit dem Unterschied, daß Coing einen Ausschluß von Abfindungsansprüchen durch den Gesellschaftsvertrag nicht für möglich hielt. Er forderte für die Zuweisung des ganzen Kapitalanteils an den nachfolgeberechtigten Miterben eine Verfügung von Todes wegen.

anspruch für die übrigen Miterben umwandelt. In diesem Sinne wird aber eine Nachfolgeklausel regelmäßig dann nicht auszulegen sein, wenn von einer Fortführung der Mitgliedschaft durch den bevorzugten Miterben gesprochen wird. Der Gesellschaftsvertrag bestimmt eben entgegen der Ansicht von BGH und Hueck nicht nur die Art des Rechtserwerbs der Mitgliedschaft - ob jeder oder nur einzelne Miterben Gesellschafter werden können-, sondern auch den U m f a n g ihres Rechtserwerbs. Eine Zweiteilung der Kapitalbeteiligung des Erblassers an der Gesellschaft in dem von BGH und Hueck vertretenen Sinne ist ohne besondere gesellschaftsvertragliche Anordnung nicht zu rechtfertigen 15).

Aber auch rechtskonstruktiv können die vorgeschlagenen Lösungsversuche der Teilnachfolge nicht befriedigen. Der BGH und Hueck sahen sich zu dieser Auffassung genötigt, weil sie sich allein vom Erbrecht leiten ließen, das dem nachfolgeberechtigten Miterben von der Kapitalbeteiligung des Erblasser-Gesellschafters nur soviel zufallen läßt, wie seiner Erbquote entspricht. Wenn sie dann aber den übrigen Kapitalanteil mit Hilfe gesellschaftsrechtlicher Normen auf die nichtbevorzugten Miterben übergenen lassen wollen, so kommen sie dabei in nicht zu überwindende Schwierigkeiten: Schuldrechtliche Abfindungsansprüche der Erben zur gesamten Hand gegen die Gesellschaft können nur zur Entstehung gelangen, wenn die Voraussetzungen des § 738 BGB vorliegen: Das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Anwachsung seines - unglücklicherweise vom Gesetz so mißverständlich bezeichneten - Anteils am Gesellschaftsvermögen an die übrigen Gesellschafter 16). Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft bedeutet aber in § 738 BGB Wegfall einer Gesellschafterstellung, Verminderung der Zahl der Gesellschafter, Erlöschen einer Mitgliedschaft in der OHG. Das will aber die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel

---

15) vergl. Siebert in BB 57/19, Reinicke in NJW 57/564, Zunft in NJW 57/1132.

16) vergl. auf S. 8

doch gerade verhindern, wenn sie die Vererbung der Mitgliedschaft auf einen bevorzugten Miterben anordnet. Die Mitgliedschaft des Erblassers soll nach seinem Tode von dem Nachfolger unmittelbar fortgesetzt werden, so daß lediglich ein Wechsel in der Person des Gesellschafters stattfindet. Der Erblasser scheidet mit seinem Tode a u s s e i n e r G e s e l l s c h a f t e r s t e l l u n g aus und wird durch den Nachfolger ersetzt. Sein Tod bewirkt aber nicht das Erlöschen seiner Mitgliedschaft. Ein Ausscheiden a u s d e r G e s e l l s c h a f t wird durch die gesellschaftsvertraglich angeordnete Vererbung der Gesellschafterstellung des Verstorbenen unmöglich gemacht.

Ohne den Wegfall einer Gesellschafterstellung aus der OHG kann den übrigen Gesellschaftern aber auch nichts zuwachsen. Was sollte ihnen auch zugewachsen sein? In § 738 BGB kann unter Zuwachsung des Anteils am Gesellschaftsvermögen nach heute wohl herrschender Meinung 17) lediglich eine Anwachsung der gesamthänderischen Mitberechtigung zu verstehen sein. Eine solche kann aber hier nicht stattfinden, weil sich die Zahl der Gesellschafter durch die Nachfolge nicht verändert. Mit der wirtschaftlichen Beteiligung und vor allem mit deren quantitativem Umfang hat aber die gesamthänderische Mitberechtigung nichts zu tun. Sollte der BGH, der im Gegensatz zu Hueck in diesem Zusammenhang auf den § 738 BGB keinen Bezug nimmt, unter Zuwachsung etwa verstehen, daß der dem nachfolgeberechtigten Miterben nicht zustehende Teil des Kapitalanteils den übrigen Miterben zufällt, so läßt es der BGH offen, wie dieser Weg des Kapitalanteils über das Vermögen der übrigen Gesellschafter rechtlich zu begründen ist 18). Was für eine Konstruktion aber hier auch immer gewählt werden wird, ein für die Praxis unverständlicher und nicht befriedigender Umweg wird es bleiben müssen.

Auf andere Weise dürfte die Entstehung schuldrechtlicher Abfindungsansprüche der nicht nachfolgeberechtigten Mit-

---

17) vergl. oben auf S. 8

18) Siebert in BB 57/20

erben gegen die Gesellschaft rechtskonstuktiv nicht zu begründen sein, da die vom Gesetz verlangten Voraussetzungen, das Erlöschen der Mitgliedschaft mit dem Tode des Erblasser-Gesellschafters und die Anwachsung seiner gesamthänderischen Mitberechtigung an die überlebenden Gesellschafter, hier nicht vorliegen. Wenn aber Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft bei der gesellschaftsvertraglich angeordneten Fortführung der Mitgliedschaft durch den nachfolgeberechtigten Miterben gar nicht entstehen, brauchen sie auch durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden, wie es der BGH und Hueck dann für nötig halten, wenn die ganze Kapitalbeteiligung des Erblasser-Gesellschafters auf den Nachfolger-Miterben allein übergehen soll. Wem und in welcher Form soll dann aber der dem Nachfolger nicht zustehende Teil der wirtschaftlichen Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters zufallen?

Was die Konstruktion des BGH anbetrifft, so schafft sie dazu noch eine gekünstelte und völlig überflüssige Schwierigkeit bei der Nachfolge des gesellschaftsvertraglich bevorzugten Miterben, deren praktische Folgen vom BGH nicht erkannt wurden. Aus der Nachfolgeklausel wollte der BGH eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung für die überlebenden Gesellschafter herauslesen, den ihnen beim Tode des Gesellschafter-Erblassers zugewachsenen "Teil seines Gesellschaftsanteils auf den in die Gesellschaft automatisch eingetretenen Gesellschafter-Miterben zu übertragen". Der Nachfolger erwirbt also einen Teil der wirtschaftlichen Beteiligung des Erblassers durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. In diesem Punkt ist der wesentliche Unterschied zur Hueck'schen Ansicht zu suchen, indem eben der BGH zur Erreichung des auch von ihm für richtig gehaltenen Ergebnisses einer Nachfolge mit dem vollen Kapitalanteil des Erblassers einen besonderen, die Mitgliedschaftsrechte abändernden Vertrag zwischen den überlebenden Gesellschaftern und dem "neu eintretenden Erben" noch für nötig hält 19).

---

19) Hueck in JZ 57/222 und oben auf S. 69

Erfüllen nun die überlebenden Gesellschafter ihre Pflicht nicht, so muß der Nachfolgermiterbe notfalls im Prozess den Abschluß dieses Vertrages geltend machen 20). Auf jeden Fall besteht aber zwischen Erbfall und Vertragsabschluß eine Übergangszeit, während der dem Nachfolger die Mitgliedschaft in der OHG nur mit teilweiser Kapitalbeteiligung zusteht. Wie soll sich aber während dieser Übergangszeit eine eventuelle Gewinnverteilung vollziehen? An was sollen sich die Nachlaßgläubiger halten 21)? An den die Erbquote des Nachfolger-Miterben übersteigenden Teil der wirtschaftlichen Beteiligung des Erblassers kommen sie nicht heran, weil er außerhalb des Nachlasses auf den Begünstigten übergeht. Was geschieht, wenn der Nachfolgeberechtigte seinen Anspruch auf Abschluß des Vertrages gar nicht geltend macht, weil er etwa an einer Erhöhung seiner Kapitalbeteiligung an der OHG über seinen Erbteil hinaus gar nicht interessiert ist? Oder soll aus der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel auch noch eine Verpflichtung des Nachfolgers zum Abschluß des seine Mitgliedschaft ergänzenden Vertrags herauszulesen sein 22)? Sonst wäre es ja allein in die Hand des Nachfolger-Miterben gelegt, ob er die vom Gesellschaftsvertrag gewünschte Nachfolge mit der g a n z e n Kapitalbeteiligung des Erblassers durchführen will oder nicht. Auf jeden Fall bringt die vorgeschlagene Konstruktion des BGH eine Unsicherheit und eine Reihe von fast unlösbaren Problemen mit sich. Im übrigen aber kann dem BGH der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß er der schon mehrfach betonten, streng zu vollziehenden Trennung von automatischer Nachfolge in die Mitgliedschaft durch Vererbung und bloßer Einräumung eines Eintrittsrechts in die Gesellschaft nicht genügend Beachtung schenkt. Nur daraus lassen sich seine mißverständliche Terminologie und seine dogmatisch nicht befriedigenden Konstruktionen erklären.

---

20) Siebert in BB 57/19

21) Reinicke in NJW 57/564

22) Siebert BB in 57/20; über eine solche Pflicht zum Abschluß eines Vertrages beim Eintrittsrecht vergl. auf S. 46.

Zusammenfassend ist zum Weg der Teilnachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG zu sagen, daß er rechtskonstruktiv weder in der vom BGH noch in der von Hueck vorgeschlagenen Weise durchführbar ist und daß er dem Grundgedanken einer Nachfolgeklausel, wie ihn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zugrunde legen wollten, nicht gerecht werden kann. Von der Praxis jedenfalls wird diesem umständlichen und gekünstelten Umweg, der lediglich die erbrechtlichen Grundsätze des BGB unbedingt bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG aufrecht zu erhalten bestrebt ist, wenig Verständnis entgegengebracht werden.

B) Die gesellschaftsrechtlichen Lösungsversuche

Die vom Erbrecht beherrschten Lösungsversuche waren bemüht, die Nachfolge des gesellschaftsvertraglich begünstigten Miterben zu erreichen, indem sie den Nachfolgeberechtigten irgendwie aus der gesamthänderischen Miterbengemeinschaft herauszulösen und ihm so eine selbständige Erbenstellung zu verschaffen versuchten. Die jetzt zu behandelnden, dem Gesellschaftsrecht einen gewissen Vorrang einräumenden Lösungen gehen dagegen mehr davon aus, die Mitgliedschaft in der OHG vom übrigen Nachlaß des Erblassers zu trennen und ihr eine gewisse Sondereigenschaft gegenüber dem übrigen Nachlaß zu schaffen. Dabei soll die Stellung des nachfolgeberechtigten Miterben in der Erbengemeinschaft nicht beeinträchtigt werden. Schließlich laufen die ganzen Bemühungen dann darauf hinaus, die gefundenen "gesellschaftsrechtlichen" Lösungen mit Mitteln des Erbrechts dogmatisch befriedigend zu erklären.

2. Die Mitgliedschaft als "gesellschaftsrechtlich gebundenes Zweckvermögen"

Das R G 23) hat als erstes den Weg in dieser Richtung beschritten: Der im Nachlaß steckende Teil des Gesellschafts-

23) RGZ 145/295

vermögens bildet ein g e s e l l s c h a f t s r e c h t l i c h g e b u n d e n e s Z w e c k v e r m ö g e n, wobei die Erben in Bezug darauf eine Sonderstellung einnehmen. Diese Sonderstellung ergibt sich aus der Gesellschaftereigenschaft ihres Erblassers, an dessen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag die Erben gebunden sind. Die Mitgliedschaft in der OHG wird also als rechtlich ausgesonderter Gegenstand des Erblasser-Vermögens betrachtet. Allerdings ging das RG dabei von einem Fall aus, der ein im Gesellschaftsvertrag vereinbartes Eintrittsrecht eines einzelnen Miterben vorsah, wobei Abfindungsansprüche für die Miterben nicht zur Entstehung gelangen sollten. Die Meinung wurde aber auch in späteren Entscheidungen 24) weiter vertreten, denen Fälle einer gesellschaftsvertraglich vereinbarten unmittelbaren, automatischen Nachfolge zugrunde lagen, wobei das RG die Vererbung der Mitgliedschaft des Erblassers in der OHG geleugnet hat 25). Es hat aber dort den Gedanken des gesellschaftsrechtlich gebundenen Zweckvermögens weitergesponnen mit der viel zitierten Begründung, daß die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, zwar auf der Erbfolge beruht, ihr Inhalt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis wie auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht bestimme.

Das vom Gesellschaftsvertrag verlangte Ergebnis einer Einzelnachfolge in die Gesellschafterstellung einer OHG läßt sich zwar durch diese Konstruktion erreichen, eine ausreichende und befriedigende Begründung für seinen in Literatur und Rechtssprechung allein dastehenden und häufig kritisierten Weg 26) zur Lösung der Probleme aber läßt das RG vermissen. Mit einer allgemein gehaltenen Begründung ist die Erklärung der Mitgliedschaft zu einem gesellschaftsrechtlich gebundenen

---

24) RGZ 170/392 ff und RGZ 171/328 ff

25) vergl. oben auf S. 29

26) vergl. z.B. Kipp-Coing 10. Aufl. S. 318 ff;
Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 5; Zunft in NJW 57/1131.

Zweckvermögen nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist mit Siebert 27) davon auszugehen, daß die vom RG versuchte Kompetenzabgrenzung zwischen Gesellschaftsvertrag und Erbrecht ohne dogmatisch genügende Begründung in ihrem materiellen Kern zugunsten des Gesellschaftsrechts zu weit geht.

Wenn das RG einen Weg völlig außerhalb des Erbrechts beschritten hat, so rührt das daher, daß es seine für den Fall eines bloßen Eintrittsrechts geschaffene Lösung auch auf die Fälle erbrechtlicher Nachfolge in die Mitgliedschaft übertragen hat. Daraus wird es dann verständlich, daß das RG den unmittelbaren Anfall der Mitgliedschaft an den oder die Nachfolger überhaupt geleugnet hat. Das RG sah sich daher gar nicht genötigt, die Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG vom Erbrecht her zu erfassen oder die Konstruktion der gesellschaftsrechtlichen Gebundenheit der Mitgliedschaft als Zweckvermögen und die damit verbundene Sonderstellung der Erben des verstorbenen Gesellschafters e r b r e c h t l i c h zu erklären.

§ 23. Die Mitgliedschaft als "Sondergut"

Einen dem RG ähnlichen Ausgangspunkt zur Beantwortung der Fragen, die sich aus der erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG ergeben, nimmt L i e b i s c h in einer ausführlichen Stellungnahme 28) ein. Er geht gleichfalls von der Mitgliedschaft als einem neben dem übrigen Vermögen des Gesellschafter-Erblassers gesondert zu betrachtenden Gegenstand aus. Dabei spricht er von S o n d e r g u t , das sich von v o r n h e r e i n vom sonstigen Vermögen eines Gesellschafters abhebt. Er sieht also im Unterschied zum RG die Eigenschaft der Gesellschafterstellung

---

27) jur. Studiengesellschaft S. 5
28) ZHR Bd. 116 S. 128 ff.

als Sondergut bereits in der Person des Erblasser-Gesellschafters begründet und nicht erst als eine vom RG gar nicht erkannte abgeleitete Folge der Vererbung der Mitgliedschaft: Die Sondergutsnatur der Mitgliedschaft habe nichts mit der "Eigenart der Stellung des Gesellschaftererben" 29) zu tun und sei nicht erst eine Folge des Erbgangs, sondern die Sonderung der Mitgliedschaft vom sonstigen Vermögen des Erblassers habe schon zu seinen Lebzeiten bestanden und sei von ihm auf seinen zum Gesellschafter gewordenen Erben übergegangen 30). Die bei der Erbfolge fortdauernde Bindung der Mitgliedschaft an die Gesellschaft bewirke nun, daß sie trotz ihrer Vererblichkeit und somit ihrer Zugehörigkeit zur Erbschaft n i c h t z u m N a c h l a ß gehöre. Es sei allenfalls festzustellen, daß diese schon immer vorhanden gewesene Sonderung nach Eintritt des Erbfalls noch deutlicher sichtbar werde, weil sich jetzt offenbar mehr "Auswirkungsmöglichkeiten" bieten würden als beim Erblasser selbst.

Die vom übrigen Vermögen eines Gesellschafters getrennte und außerhalb des Nachlasses vererbliche Mitgliedschaft sei deshalb rechtlich als Sondergut zu qualifizieren, weil sie sich von normalen Vermögensobjekten ganz wesentlich unterscheide: Stelle sie schon wegen ihres personenrechtlichen Gehalts nicht lediglich ein reines Vermögensobjekt dar, so komme noch hinzu, daß nicht einmal ihre vermögensrechtliche Seite eine einheitliche Struktur aufweise 31). Andererseits verlange aber die in sich selbst nicht geschlossene Mitgliedschaft vom Gesellschaftsrecht her nach einer einheitlichen rechtlichen Behandlung, die sich nur durch die Sondergutsnatur richtig begründen lasse.

Zunächst ist Liebisch durchaus recht zu geben, daß die Mitgliedschaft in einer OHG als ganzes betrachtet ein vielseitiges und daher vielleicht etwas eigenartig anmutendes

---

29) so RGZ 170/394
30) Liebisch a.a.O. S. 145
31) Liebisch a.a.O. S. 137

Vermögensobjekt darstellt. Diese Eigenart eines vom Gesellschaftsrecht als Einheit qualifizierten Rechtsgebildes rechtfertigt allein aber eine rechtliche Sonderbehandlung in der von Liebisch vorgeschlagenen Weise nicht. Man muß gerade vom Gegenteil ausgehen und zunächst versuchen, die vielseitige Struktur eines Rechtsverhältnisses in das gegebene Rechtssystem einzupassen, bevor man ihm eine so weitgehende rechtliche Sonderstellung einräumt, wie das hier bei der Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft der Fall ist. Sie wegen ihrer Vielseitigkeit von vornherein vom übrigen Vermögen ihres Eigentümers loszulösen und einer rechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen, ist daher abzulehnen.

Daß mit einer aus der allgemeinen Rechtssystematik herausgenommenen Sonderstellung eines Rechtsgebildes ein von der gesellschaftsrechtlichen Praxis verlangtes Ziel konstruktiv zu erreichen ist, stellt keine Schwierigkeit dar: man gestaltet eben die rechtliche Sonderbehandlung so, wie es die Gegebenheiten erfordern. So ist es dann auch zu verstehen, wenn Liebisch die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft leugnet, aber trotzdem Ausführungen 32) darüber macht, daß die Mitgliedschaft durchaus vererblich und somit auch ihre Zugehörigkeit zur Erbschaft nicht zu bestreiten sei. Dies seien eben die Folgen der bei der Erbfolge fortdauernden Bindung der Mitgliedschaft an die Gesellschaft. So einfach und wenig zwingend läßt sich die rechtliche Sonderbehandlung der Mitgliedschaft und ihre Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß des Erblasser-Gesellschafters nicht begründen, abgesehen davon, daß die unverständliche Unterscheidung von Nachlaß- und Erbschaftszugehörigkeit nicht gerade zur logischen Klarheit der von Liebisch allein vertretenen Ansicht beitragen wird. Zum mindesten soweit als die Nachlaßzugehörigkeit der

---

32) Liebisch a.a.O. S. 130

Mitgliedschaft geleugnet wird, ist die Lösung über eine "Sondergutsnatur" nicht haltbar 33).

Daß die Lösung auch den Belangen der Praxis nicht vollständig genügen kann, zeigt die Stellung der Nachlaßgläubiger und der nichtnachfolgeberechtigten Miterben. Obwohl die Gesellschafterstellung in der OHG in der Regel den wesentlichsten Teil des Vermögens des Erblasser-Gesellschafters ausmachen wird, gehen die Miterben wegen der mangelnden Nachlaßeigenschaft der Mitgliedschaft beim Erbfall völlig leer aus, da die Nachlaßzugehörigkeit unbedingte Voraussetzung wenigstens für die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen gegen den bevorzugten Miterben darstellt 34). Den Nachlaßgläubigern andererseits wird der Zugriff auf die Mitgliedschaft entzogen. Sie sind gezwungen, ihre Ansprüche auf den sonstigen Nachlaß zu beschränken; ihre Befriedigung aus einem wesentlichen Teil des Vermögens ihres Schuldners ist aber nach dessen Tode durch die Sondergutsnatur der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Das sind praktische Folgen einer Lösung, die das Ergebnis einer gesellschaftsvertraglich verlangten Einzelnachfolge zwar verhältnismäßig leicht erzielt, die aber in ihrer Gesamtheit dogmatisch unbefriedigend bleiben muß.

§ 24. Die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft

Dem durch den Gesellschaftsvertrag nachfolgeberechtigten Miterben soll die gesamte Mitgliedschaft des Erblasser-Gesellschafters sofort mit dem Erbfall allein zustehen: Das ist der der Nachfolgeklausel von allen beteiligten Gesellschaftern zugrunde gelegte Wille und das praktische Ergebnis, das es zu erreichen gilt. Die bisher erörterten Lösungsversuche anerkennen in der Regel dieses Ergebnis, sie erreichen es auch teilweise; sie erreichen es aber alle auf wenig befriedigenden Umwegen mit teilweise noch weniger überzeugenden Begründungen.

---

33) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 20 und BB 57/19

34) über die Ausgleichsansprüche im Einzelnen siehe später.

Demgegenüber sieht eine neuere Richtung in der Literatur 35) in der Nachfolgeklausel nicht nur das gesellschaftsvertraglich verlangte E r g e b n i s der vereinbarten Einzelnachfolge, sondern glaubt, der Gesellschaftsvertrag zeige auch den geraden W e g f ü r d e n A n f a l l der Mitgliedschaft an den nachfolgeberechtigten Miterben. Dem Lösungsversuch auf diesem Weg ist selbstverständlich der schwerwiegende Vorwurf nicht erspart geblieben, er lasse sich mit einer gewissen Einseitigkeit von rein gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten leiten, ohne zu beachten, daß der gesellschaftsrechtlichen Vertragsfreiheit durch erbrechtliche Prinzipien Schranken auferlegt seien 36). Dieser Vorwurf deutet doch aber gleichzeitig schon seine Entkräftung an: wenn sich nämlich die Lösung innerhalb der Schranken des Erbrechts bewegt, wenn sie mit Mitteln des Erbrechts erreicht wird und wenn sie im Rahmen des Erbrechts dogmatisch befriedigend zu begründen ist, dann kann es keine Rolle spielen, daß sie ausschließlich vom Gesellschaftsvertrag ausgeht; denn umgekehrt befriedigen die "erbrechtlichen" Lösungen dogmatisch ja auch nicht, wie sich gezeigt hat.

Die L ö s u n g lautet dann frappierend einfach so, daß aufgrund der personell beschränkten Nachfolgemöglichkeit im Gesellschaftsvertrag der nachfolgeberechtigte Miterbe die gesamte Mitgliedschaft unmittelbar allein erwirbt, während das übrige Nachlaßvermögen ihm und den gesellschaftsvertraglich nicht bevorzugten Miterben als Erbengemeinschaft zur gesamten Hand zusteht. Ihre erbrechtliche B e g r ü n d u n g wird in der Annahme einer S o n d e r e r b f o l g e gefunden: D e r n a c h f o l g e b e r e c h t i g t e M i t e r b e e r w i r b t d i e M i t g l i e d s c h a f t d e s E r b l a s s e r s i n n e r h a l b d e s N a c h l a s s e s a l s S o n d e r e r b e .

---

35) Siebert in NJW 55/811, jur. Studiengesellschaft S. 24, BB 57/19; Bartholomeyczik: Erbrecht S. 199; Baumbach-Duden § 139 Anm. 2)c); vergl. auch Reinicke in NJW 57/561, Tidau in MDR 57/641; unklar Staudinger-Boehmer zu § 1922 Anm. 162; Zunft in NJW 57/1130, Kipp-Coing: Erbrecht S. 391.

36) vergl. Michaelis ZAkfDR 43/233; Weiler DNotZ 52/287; Schlicht NJW 54/985; Kipp-Coing a.a.O. S. 387.

1.) Sondererbfolge in diesem Sinne bedeutet die ungeteilte und einheitliche Nachfolge des berechtigten Miterben in die Mitgliedschaft der OHG. Das Entscheidende dabei ist, daß die Mitgliedschaft durchaus z u m N a c h l a ß des Erblasser-Gesellschafters gehört, also Nachlaßgegenstand ist 37). Alle Erben des Erblasser-Gesellschafters behalten ihren Erbteil am gesamten Nachlaß einschließlich der Mitgliedschaft. Der Gesamtnachlaß zerfällt lediglich in zwei Vermögensmassen, in die Mitgliedschaft der OHG und in den übrigen Nachlaß. Diese beiden Vermögensteile werden innerhalb des Nachlasses erbrechtlich getrennt behandelt: Die Mitgliedschaft fällt mit dem Erbfall dem nachfolgeberechtigten Miterben allein und unmittelbar zu; die übrigen Miterben sind von einer Nachfolge in diesen besonderen Nachlaßgegenstand ausgeschlossen, weil für die Mitgliedschaft das G e s a m t h a n d p r i n z i p d e r M i t e r b e n g e m e i n s c h a f t d u r c h b r o c h e n ist. Der Nachfolger-Miterbe ist aber auch bezüglich der Mitgliedschaft der OHG E r b e und bleibt auch Mitglied der Erbengemeinschaft; diese ist lediglich rechtlich anders gestaltet. Die Mitgliedschaft in der OHG ist ein besonderer Gegenstand des Erblasser-Vermögens, der innerhalb des Nachlasses nicht den Gang der normalen Erbfolge geht. Eine Erbfolge bleibt der Übergang der Mitgliedschaft aber trotzdem, da der im Gesellschaftsvertrag ausersehene Nachfolger Erbe geworden sein muß, damit ein Erwerbsgrund für den Anfall der Mitgliedschaft vorhanden ist. Insofern findet eine Gesamtnachfolge des Gesellschafter-Miterben in den besonderen Nachlaßgegenstand der Mitgliedschaft statt.

Der übrige Nachlaß dagegen fällt der Miterbengemeinschaft einschließlich des Nachfolger-Miterben nach den normalen

---

37) im Gegensatz zur Meinung von Liebisch, bei dessen Konstruktion einer "Sondergutsnatur" die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß fällt.

gesetzlichen Vorschriften zu; es tritt eine Gesamtnachfolge aller Miterben ein, nach der jeder Nachlaßgegenstand mit dem Erbfall jedem Miterben gemeinschaftlich zur gesamten Hand zusteht 38).

---

38) Nicht ganz verständlich ist die von Kipp-Coing auf S. 391 vertretene Auffassung. Er sieht beim Vorhandensein mehrerer Erben und gleichzeitigem Vorliegen einer "qualifizierten Nachfolgeklausel" (vergl. Anm. 41) auf S. 38) zwei Lösungen als möglich an: Einmal den "Gedanken der Sondererbfolge in den Gesellschaftsanteil, wobei analog dem Höferecht der Wert des Gesellschaftsanteils dem Nachlaß zugerechnet wird", zum andern die Möglichkeit, daß "der Gesellschafteranteil selbst in den Nachlaß fällt, jedoch als ein außerhalb der Gesamthand stehendes Sondergut des bevorzugten Erben".

Kipp-Coing geht offensichtlich davon aus, daß bei dem Rechtsinstitut der Sondererbfolge die Mitgliedschaft nicht zum Nachlaß gehört, sondern diesem lediglich für den Fall der Ausgleichung der Ansprüche der Miterben wertmäßig zugerechnet wird. Diese Auffassung entspricht nicht der Rechtsnatur der Sondererbfolge. Insbesondere geht aber in diesem Zusammenhang die Analogie zum Höferecht fehl. Zwar heißt es in § 42 HöfeO, daß an Stelle des Hofes im Verhältnis der Miterben untereinander der Hofeswert tritt. Nach h.L. gehört aber der Hof nach der Sondererbfolgeregelung der HöfeO zum Nachlaß. Die Miterben erhalten lediglich ihren Erbteil am Hof in Geld (vergl. etwa Lange-Wulff: Höfeordnung Anm. 56 S. 173; Haegele:Hofübergabe und Hofvererbung in den Westzonen S. 104). Dagegen würde der 2. Lösungsvorschlag von Kipp-Coing dann dem Wesen der Sondererbfolge entsprechen, wenn er darunter lediglich eine Aufteilung des Gesamtnachlasses in zwei Vermögensmassen versteht. Seltsam mutet es dabei aber an, daß er diese Lösungsmöglichkeit ausdrücklich nicht als Sondererbfolge bezeichnet und außerdem noch den Gesellschaftsanteil als ein außerhalb der Gesamthand stehendes "Sondergut" betrachtet. Daß Kipp-Coing dabei etwa von der von Liebisch vertretenen "Sondergutsnatur der Mitgliedschaft" ausging, ist kaum anzunehmen, da Liebisch bei seiner Lösung die Mitgliedschaft als außerhalb des Nachlasses stehend ansieht. Sollte Kipp-Coing in Anlehnung an Liebisch vom "Gesellschaftsanteil als einem Sondergut", aber abweichend davon von der Nachlaßzugehörigkeit ausgehen und damit eine neue Lösung schaffen wollen, so läßt er es jedenfalls an einer genauen Ausgestaltung und vor allem an einer ausreichenden Begründung fehlen.

Zusammenfassend wird zu den Ausführungen von Kipp-Coing aber wohl anzunehmen sein, daß er eben eine von der h.L. abweichende Auffassung über die Rechtsnatur der Sondererbfolge vertritt und deshalb mit seiner 2. Lösungsmöglichkeit eine Sondererbfolge im Sinne der hier vertretenen herrschenden Meinung aufzeichnen wollte.

Während nun der Erbanfall an Miterben in dieser Form im bürgerlichen Erbrecht seine Regelung gefunden hat, ist das Rechtsinstitut der Sondererbfolge nicht im Erbrecht des BGB zu Hause; es hat aber in einigen Gebieten des Zivilrechts außerhalb des BGB seine Gültigkeit.

2.) Man geht zur R e c h t f e r t i g u n g u n d B e g r ü n d u n g dieser Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG zunächst einen Schritt zurück und faßt noch einmal den Fall ins Auge, der aufgrund gesellschaftsvertraglicher Anordnung s ä m t l i c h e vorhandenen Miterben Nachfolger in die Gesellschafterstellung des Erblassers werden läßt. Dort überwindet die herrschende Lehre und Rechtsprechung 39) ohne Bedenken alle Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß eine Miterbengemeinschaft nicht Gesellschafter einer OHG sein kann, indem sie das erbrechtliche Gesamthandsprinzip bei der Miterbengemeinschaft einfach durchbricht: Die Mitgliedschaft vervielfältigt sich mit dem Tode des Erblassers ipso iure, und jeder einzelne Miterbe wird automatisch selbständiger Gesellschafter in der OHG mit dem seiner Erbquote entsprechenden Teil der Kapitalbeteiligung des Erblasser-Gesellschafters. Es wird also die erbrechtliche Nachfolge der Miterben als Gesamthänder in eine gesellschaftsrechtlich allein mögliche Einzelnachfolge der Miterben zu Bruchteilen umgewandelt und mit der lapidaren Feststellung begründet, daß gesellschaftsrechtliche Notwendigkeiten diesen Schritt erforderlich machten 40).

Hat aber die herrschende Lehre und Rechtsprechung in Wahrheit nicht schon hier eine Sondererbfolge angenommen und diese Lösung als sachgerecht anerkannt, ohne den offenbar unbewußt geschaffenen Weg beim richtigen Namen zu nennen? Die herrschende Lehre kann doch ein so wesentliches Institut unseres bürgerlichen Erbrechts wie die Miterbengemeinschaft zur gesamten Hand nicht einfach deshalb ausschalten, weil sie sich mit der gesellschaftsrechtlichen Besonderheit der Mitglied-

---

39) vergl. Anm. 35) auf S. 35
40) vergl. auf S. 36

schaft als Erbgegenstand nicht vereinbaren läßt. Das ist k e i n e B e g r ü n d u n g , die einen so weitgehenden Schritt über das Erbrecht hinaus rechtfertigen läßt. Zwar spricht der BGH in diesem Fall von einer "Sonderrechtsnachfolge" 41), und man ist zunächst in dem Glauben, er befinde sich dogmatisch auf dem erbrechtlich richtigen Weg, seine weiteren Ausführungen zeigen aber, daß auch er mit seinem allein aus den Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse geschaffenen Begriff der "Sonderrechtsnachfolge" am erbrechtlichen Ziel der hier zur Erörterung stehenden Sondererbfolge vorbeigeht.

Die Ansicht der herrschenden Lehre bei der Nachfolge aller Miterben ist aber tatsächlich nicht anders zu erklären, als daß es sich bei der Durchbrechung des Gesamthandprinzips der Erbengemeinschaft b e r e i t s h i e r u m e i n e S o n d e r e r b f o l g e handelt 42). Die Mitgliedschaft in der OHG fällt als Nachlaßgegenstand allen Erben zu, aber nicht wie der übrige Nachlaß allen Miterben in Erbengemeinschaft zur gesamten Hand, sondern steht als aufgeteiltes Vermögensobjekt jedem Miterben als selbständigem Sondererben unmittelbar mit dem Tode des Erblassers zu.

Wenn aber die Nachfolge aller Miterben in die Mitgliedschaft einer OHG im Wege einer Sondererbfolge zu vollziehen ist, dann ist es nur konsequent und sachgerecht, dieses erbrechtliche Institut auch auf den komplizierteren Fall anzuwenden, daß nämlich nur ein einzelner Miterbe von mehreren kraft gesellschaftsvertraglicher Bestimmung die Nachfolge des verstorbenen Gesellschafters in der OHG antreten kann. Dabei ist es dann außerdem positiv zu bewerten, daß man die Vererbung der Mitgliedschaft einer OHG beim Vorhandensein mehrerer Miterben einer einheitlichen Lösung unterwerfen kann, gleichgültig, ob ein einzelner, ob mehrere oder ob gar alle Miterben Nachfolger in der Gesellschaft werden.

---

41) BGHZ 22/193

42) Siebert in NJW 55/811, jur. Studiengesellschaft S. 24, Zunft in NJW 57/1131, ablehnend Buchwald in JR 55/173, Schlegelberger-Gessler zu § 139 Anm. 25.

3.) Die Vererbung der Mitgliedschaft in einer OHG im Wege der Sondererbfolge wirft selbstverständlich die Frage auf, woraus sich diese Lösung ergibt und womit sie sich begründen läßt, da es doch offensichtlich an einer ausdrücklichen positiv-rechtlichen Grundlage fehlt. Dazu muß gesagt werden, daß es die begriffliche Möglichkeit der Sondererbfolge selbst ist, die sich hier als Lösung für die Nachfolge in die Mitgliedschaft beim Vorhandensein mehrerer Miterben anbietet. Und diese Möglichkeit ergibt sich aus der Weiterentwicklung der Vorschrift, die die Vererbung der Mitgliedschaft in einer OHG ermöglicht und zuläßt: a u s § 139 H G B 43). Die Vorschrift stellt sich als lex spezialis gegenüber den allgemeinen erbrechtlichen Regeln des BGB dar und diese können, soweit § 139 HGB eingreift, eben nicht mehr zur Anwendung gelangen. Dabei ist die Annahme der Sondererbfolge in die Mitgliedschaft eine r e c h t s s c h ö p f e n d e E n t w i c k l u n g 44) einer vom Gesetz in § 139 HGB nur angedeuteten, unvollständigen Regelung einer erbrechtlichen Frage. Das Gesetz hat die Möglichkeit der Vererbung geschaffen; es schweigt sich über die Ausgestaltung und Durchführung dieser erbrechtlichen Möglichkeit aus und überläßt diese Aufgabe einer s e l b s t ä n d i g e n R e c h t s b i l d u n g. Die Entwicklung aber auf der Suche nach dem geeigneten und sachgerechten Weg einer solchen schöpferischen Rechtsfindung läßt deutlich die folgerichtige Tendenz nach einer Anpassung des Erbrechts an das Gesellschaftsrecht erkennen 45).

Daß bei der Annahme einer Sondererbfolge die Anpassung des Erbrechts einem völligen Ausschluß eines ganzen Rechtsinstituts unseres bürgerlichen Erbrechts gleichkommen muß, ist angesichts der gravierenden Diskrepanz von gesellschaftsrechtlicher Vertragsfreiheit und zwingenden erbrechtlichen Normen nicht sehr verwunderlich. Man sollte aber bei einer

---

43) Zunft in NJW 57/1131
44) Siebert in NJW 55/811
45) Siebert in BB 57/19; vergl. oben auf S. 36

Anpassung in der vorgeschlagenen Weise nicht verkennen, daß in der Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG ein erbrechtliches Institut Beachtung findet, das in unserem Rechtskreis in Geltung ist, dessen Normierung lediglich im Erbrecht des BGB keine Berücksichtigung gefunden hat 46).

Kann man es aber bei einer deratigen schöpferischen Rechtsentwicklung v e r a n t w o r t e n , von den Grundsätzen und Normen des bürgerlichen Erbrechts einfach abzuweichen, wenn die Voraussetzungen des § 139 HGB vorliegen? Angesichts der Bedenken in dieser Richtung muß man die Frage in einem größeren Zusammenhang stellen, der über den Rahmen der Spezialprobleme zu § 139 HGB hinausgeht. Dabei muß man einige das Gesetz ergänzende Rechtssituationen und Rechtsentwicklungen und deren Ergebnisse ins Auge fassen, die von Rechtsprechung und Lehre auf den verschiedensten Rechtsgebieten aufgestellt und inzwischen als herrschend anerkannt worden sind. Dann wird klar und verständlich, daß es sich k e i n e s w e g s um einen r e v o l u t i o n ä r e n S o n d e r f a l l handelt, wenn man bei der unmittelbaren Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG erbrechtliche Grundsätze des BGB abändert oder von erbrechtlichen Normen des BGB abweicht 47).

So lassen sich neben einer Vielzahl von andern Fällen, in denen Rechtsprechung und Literatur von Normen und Rechtsgrundsätzen des BGB und der ZPO abweichen, zwei kla ssische Beispiele finden, die dem Fall der Nachfolge von Miterben in die Mitgliedschaft einer OHG gleichzuwerten sind 48).

a) Entgegen der §§ 119, 123 BGB wird zur Vermeidung untragbarer Rechtsfolgen der Rückwirkung für Dritte und auch für die Vertragsparteien die Anfechtung gewisser Willens-

---

46) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 24
47) Zunft in NJW 57/1129.
48) vergl. Zunft a.a.O.

erklärungen überhaupt nicht zugelassen,nämlich für Zeichnungserklärungen von Aktien nach Eintragung der AG 49), für Beitrittserklärungen zur GmbH 50), und zur eingetragenen Genossenschaft 51). Selbst bei Personalgesellschaften wurde die Anfechtung für "schon in Vollzug gesetzte" Gesellschaften nicht mehr zugelassen 52).

b) Das arbeitsrechtliche Betriebsrisiko fand seine Lösung in der Sphärentheorie, die unabhängig von den entsprechenden Bestimmungen des BGB in der Form entwickelt wurde, daß die §§ 323 bis 326 BGB auf ein Arbeitsverhältnis nicht mehr angewendet werden 53).

In beiden Fällen wird, wie bei der Sondererbfolge in die Mitgliedschaft der OHG, v o n N o r m e n d e s B G B a b g e r ü c k t zugunsten von außerhalb des BGB normierten Gebieten des Zivilrechts. Im ersten Fall müssen Vorschriften des allgemeinen Teils zugunsten des Gesellschaftsrechts weichen, beim zweiten Beispiel wird ein Normenkomplex des Schuldrechts zugunsten arbeitsrechtlicher Gegebenheiten zur Seite geschoben; in unserem Fall wird eben das Erbrecht gezwungen, zugunsten gesellschaftsrechtlicher Notwendigkeiten zurückzutreten. Während aber im Erbrecht, wenn auch außerhalb des BGB, bereits das Institut der Sondererbfolge vorhanden ist, mit dem den gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten Rechnung getragen werden kann und mit dem sich die Einzelnachfolge in die Mitgliedschaft befriedigend erklären läßt, verdrängen in den beiden anderen Fällen gesellschaftsrechtliche bzw. arbeitsrechtliche Erfordernisse die Normen des allgemeinen Teils und des Schuldrechts des BGB, ohne daß derartige Abänderungen bürgerlichrechtlicher Grundsätze schon in einem anderen Rechtsgebiet praktiziert worden wären oder sich aus etwas Gleichartigem ableiten ließen. In den beiden verglichenen Beispielen wird von Normen des BGB abgewichen, o h n e nach einer

---

49) RGZ 85/287, 54/129, 187/191
50) RGZ 82/377, 88/187
51) RGZ 57/297/298, 147/270
52) RGZ 165/206, 156/193
53) BGHZ 10/191

dogmatischen Erklärung zu suchen; die Anpassung des bürgerlichen Erbrechts an gesellschaftsrechtliche Notwendigkeiten bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG findet mit dem Weg über die Sondererbfolge aber gleichzeitig eine befriedigende Begründung.

Die Bedenken, die bei einer rechtsschöpferischen Entwicklung in der Art der Einzelnachfolge in die Gesellschafterstellung einer OHG von Grundsätzen und Normen des bürgerlichen Erbrechts nicht abzuweichen wagen, können also zerstreut werden, wenn Wortlaut und ratio des hier grundlegenden § 139 HGB dieses Abweichen rechtfertigen lassen und obendrein noch eine dogmatisch befriedigende Begründung vorliegt. Mit der Annahme einer Sondererbfolge wird dem Genüge getan.

4.) Betrachten wir die Rechtsgebiete, in denen das erbrechtliche Institut der S o n d e r e r b f o l g e g e l t e n d e s R e c h t i s t. Es sei gleich vorweg bemerkt, daß eine derartige Betrachtung nicht den Zweck haben kann, die in diesen Randgebieten unseres Zivilrechts gültigen Rechtsgrundsätze und Normen einfach auf die Nachfolge in die Mitgliedschaft zu übertragen. Es kann nicht behauptet werden, daß allein die ausnahmsweise zugelassene Möglichkeit einer Sondererbfolge in einigen außerhalb des BGB liegenden Rechtssphären eine a n a l o g e oder gar u n m i t t e l b a r e Grundlage für die erbrechtliche Behandlung der Mitgliedschaft einer OHG und deren Übergang auf die nachfolgeberechtigten Miterben ermöglicht 54). Eine Betrachtung der Rechtsgebiete mit Sondererbfolge kann lediglich einer r e c h t s v e r g l e i c h e n d e n Untersuchung dahin dienen, inwieweit sich die Grundgedanken dieser Rechtsgebiete mit den gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG vereinbaren lassen. Es soll gleichsam nur eine abwägende Gegenüberstellung der verschiedenen Rechtsinstitute vorgenommen werden.

---

54) Zunft in NJW 57/1131

Eine erbrechtliche Singularsukzession ist normiert im Reichserbhofgesetz, das nach seiner Außerkraftsetzung am 24.4.1947 in der brit. Zone durch die MRVO Nr. 84, die Höfeordnung, abgelöst wurde, und im Reichsheimstättengesetz.

Nach Reichserbhofrecht 55) ging der bäuerliche Hof durch die Sondererbfolge kraft Anerbenrechts ungeteilt auf den Anerben über 56). Der übrige Nachlaß wurde unabhängig vom Anerbenrecht nach allgemeinen Vorschriften vererbt 57), so daß er der Miterbengemeinschaft zur gesamten Hand zustand. Erbhof und übriges Vermögen des Erblassers stellten aber einen einheitlichen Nachlaß dar; Anerbe und übrige Miterben bildeten gleichsam eine Miterbengemeinschaft, wobei der Anerbe jedoch noch nicht einmal am übrigen Nachlaß beteiligt zu sein brauchte. Aber nur bezüglich des außerhalb des Erbhofs stehenden Nachlasses war eine Erbengemeinschaft zur gesamten Hand begründet; für den Erbhof selbst war das Gesamthandsprinzip durchbrochen. Während nun nach Reichserbhofrecht die nicht als Anerben berufenen Abkömmlinge des Erblassers, die sog. weichenden Erben, nur eine den Kräften des Hofes entsprechende Erziehung, Berufsausbildung und Ausstattung aus Mitteln des Hofes erhalten haben und ihnen ein Heimatzufluchtsrecht gewährt wurde, wenn sie unverschuldet in Not geraten waren, werden die weichenden Erben nach der Höfeordnung der brit. Zone dadurch am Hof beteiligt, daß sein Wert bei der Auseinandersetzung der auch den Hoferben einschließenden Miterbengemeinschaft berücksichtigt wird. Die weichenden Erben erhalten also auch ihren Anteil am Hof, aber nur dadurch, daß ihnen ein Anspruch auf Abfindung in Geld gegen den Hoferben zusteht 58). Der Hof selbst fällt jedoch mit

---

55) vergl. dazu Stoll-Baur "Deutsches Bauernrecht" S. 82 ff, Dölle "Lehrbuch des Erbhofrechts" S. 62 ff.

56) vergl. § 33 REG

57) vergl. § 19 REG

58) vergl. §§ 4, 2; 12 HöfeO, Lange-Wulff: "Höfeordnung" S. 173.

dem Erbfall kraft Gesetzes dem Hoferben als Alleineigentum zu.

Bei der Sondererbfolge kraft Heimstättenrechts muß der Heimstättenfolger, wie hier der Sondererbe gesetzlich bezeichnet wird, im Gegensatz zum Hoferben Miterbe des übrigen Erblasservermögens sein; die Heimstätte steht ihm jedoch mit dem Erbfall als Alleineigentümer zu 59). Wie bei der Sondererbfolge nach Höferecht, ist die Heimstätte bei der Erbauseinandersetzung und Berechnung der Erbteile der Miterben anzurechnen, so daß für die übrigen Miterben ein Abfindungsanspruch gegen den Heimstättenfolger entsteht.

Des weiteren ergab sich eine Sondererbfolge durch Staatsvertrag im Verfolg des Rapallovertrages aus einem Nachlaßabkommen mit Rußland 1926 60), und auch in das Mietverhältnis findet eine gesetzliche Sondererbfolge nach § 19 MSchG statt, wobei die Familienangehörigen des Erblassers, soweit sie zu seinem Hausstand gehören und keiner von ihnen den Mieter nach allgemeinem Erbrecht beerbt, als Sondererben in das Mietverhältnis eintreten. Der Anfall des besonderen Vermögensobjektes des Erblassers an die Sondererben ist in diesen beiden Fällen zwar nicht ausdrücklich als Sondererbfolge bezeichnet worden, der Rechtsvorgang der unmittelbaren Nachfolgeberechtigung läßt sich aber auch hier dogmatisch nur mit einer erbrechtlichen Singularsukzession erklären. Rechtsvergleichend können jedoch diese beiden Fälle außer Acht gelassen werden, da eine abwägende Gegenüberstellung mit der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG keinen besonderen Wert hat. Die bei ihnen geschaffenen Sondererbfolgen sind unentwickelt geblieben und haben keine rechtliche Ausgestaltung in der Form erfahren, wie das bei den vom Gesetz voll entwickelten und umfassend geregelten

---

59) vergl. § 24 Reichsheimstättengesetz vom 25.11.37 und §§ 25, 26 und 29 der Ausführungsverordnung zum RHStG vom 19.7.1940.

60) vergl. RGR Komm. § 1922 BGB Anm. 7 und Vorbem. 4 vor § 1922 BGB; Zunft in NJW 57/1131.

Instituten im Höfe- und Heimstättenrecht der Fall ist.

Der maßgebende Gedanke, der der Regelung der Erbfolge in Form einer Singularsukzession im Höfe- und Heimstättenrecht zugrunde liegt, ist die E r h a l t u n g l e b e n s f ä h i g e r W i r t s c h a f t s e i n h e i t e n 61). Dies ergibt sich insbesondere aus dem Vorspruch zum Reichserbhofgesetz, wonach die Bauernhöfe vor Überschuldung und Zersplitterung im Erbgang geschützt werden sollen, und auch das Reichsheimstättengesetz will die Heimstätte der Familie des Erblassers durch die Sondererbfolge auf den Heimstättenfolger sichern und erhalten. Entscheidend ist also nicht so sehr der Übergang des Vermögens des Erblassers auf seine Erben, als vielmehr die personenrechtliche Nachfolge des Sondererben in die volle Rechtsstellung des Erblassers bezüglich eines einheitlichen wirtschaftlichen Nachlaßgegenstandes 62).

Ist aber der Grundgedanke einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ein anderer, insbesondere wenn mit einer solchen ausschließlich für einen einzelnen Miterben die Nachfolgemöglichkeit in die Mitgliedschaft des Erblassers geschaffen werden soll? Dem Nachfolger-Miterben soll doch die Mitgliedschaft in der OHG voll und ganz so zustehen, wie sie der Erblasser innegehabt hatte. Mit ihrer ganzen Kapitalbeteiligung soll sie dem Nachfolger erhalten bleiben, ohne daß die übrigen Miterben an der Mitgliedschaft als solcher mitbeteiligt werden. Dabei kann der Wert dieser Gesellschafterstellung bei der Erbauseinandersetzung der Miterben durchaus Berücksichtigung finden; eine Zer-

---

61) so Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 24

62) vergl. Stoll-Baur: Dt.Bauernrecht S. 83; Lange-Wulff: "Höfeordnung" S. 170; Saure: Das Reichserbhofgesetz S. 31; Dölle: Lehrbuch des Erbhofrechts S. 62; Haegele: Hofübergabe und Hofvererbung in den Westzonen S. 8; Wöhrmann: Das Reichserbhofrecht zu § 19 REG Anm. 1; Wagemann-Hopp: Reichserbhofgesetz, Einleitung S. 43.

splitterung und Überschuldung der Mitgliedschaft selbst soll aber auf jeden Fall vermieden werden. Die Erben, die gesellschaftsrechtlich nicht nachfolgeberechtigt sind, sollen auf die Mitgliedschaft selbst keinen Zugriff nehmen können.

Siebert, der als erster die Gedanken des Instituts der Sondererbfolge auf die Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG angewandt hat, bleibt bei der Beantwortung der Frage etwas unklar, ob sich der Grundgedanke der Sondererbfolgen im Höfe- und Heimstättenrecht auf die von Personalgesellschaften betriebenen Unternehmen übertragen läßt. Während er zunächst die Beantwortung der Frage dahingestellt ließ 63), führte er später aus 64), daß man die Annahme einer Sondererbfolge des Gesellschaftererben auf die Tatbestände im Höfe- und Heimstättenrecht stützen könne. Wenn er ursprünglich behauptet hat, daß der entscheidende Grund dafür, warum die Gesellschafterstellung nicht auf die Miterbengemeinschaft, sondern auf die einzelnen Miterben oder auch nur auf den bevorzugten Miterben übergehe, nicht in der Sphäre des U n t e r n e h m e n s , sondern in der p e r s ö n l i c h e n Natur der Mitgliedschaft liege, so geht er bei dem Vergleich der Tatbestände der Sondererbfolgen von Höfe- und Heimstättenrecht einerseits und der Sondererbfolge bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG andererseits von falschen Vergleichsgrundlagen aus. Mit der Schaffung der Nachfolgeklausel soll nach dem Willen des Erblasser-Gesellschafters nicht allein der Erhaltung des Unternehmens gedient sein - gewiss, auch dazu trägt die Nachfolgeklausel bei. Es soll vielmehr vor allem dem oder den Nachfolgern die M i t g l i e d s c h a f t in der OHG als einheitliches wirtschaftliches Rechtsverhältnis erhalten bleiben. Rechtsvergleichend müssen bei diesen Sondererbfolgen also nicht, wovon Siebert ausging, Hof, Heimstätte und Gesellschaft, sondern H o f , H e i m s t ä t t e u n d M i t g l i e d s c h a f t i n d e r G e s e l l s c h a f t einer

63) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 24
64) Siebert in BB 57/19

abwägenden Betrachtung unterzogen werden. Bei diesem Vergleich dürften sich aber, ausgehend von dem der Nachfolgeklausel durch die Beteiligten beigelegten Willen und dem für die Sondererbfolgeregelung im Höfe- und Heimstättenrecht maßgebenden Grundgedanken, gewisse Gemeinsamkeiten nicht verkennen lassen.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob der Gesellschaftsvertrag die Erbfolge in den Gesellschaftsanteil als Sondervermögen festlegen kann, obwohl unsere Rechtsordnung eine bindende Festlegung von Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nach Abschaffung der Fideikommisse gar nicht mehr kennt. Lässt sich die gesellschaftsvertragliche Vermögensbindung mit dem Verbot fideikommissarischer Vermögensbindung vereinen ? Läßt sich der durch die einseitige Bevorzugung des Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht gewonnene wirtschaftliche Schutz des Familienvermögens mit den Grundlagen unserer Wirtschaftsverfassung vereinbaren und hat die Rechtsordnung einen Anlaß, das Gesellschaftsvermögen stärker zu schützen als irgend eine andere Vermögensmasse 65) ?

Dazu sei zunächst wiederholt die generelle Feststellung getroffen, daß der Widerspruch zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG sich innerhalb der beiden kollidierenden Rechtsgebiete nur dadurch lösen läßt, daß man entweder das eine oder das andere Rechtsgebiet bevorzugt, die jeweiligen Prinzipien des einen Rechtsgebiets stärker hervortreten läßt und dementsprechend die Grundsätze des andern zurückstellt 66). Das Verbot fideikommissarischer Vermögensbindung hat aber überall dort keine Gültigkeit, wo das Gesetz eine Sondererbfolge in bestimmte Vermögensteile zuläßt. Das Rechtsinstitut der Sondererbfolge enthält eben eine gewisse Festlegung fideikommissarischer Vermögensbindungen. Eine Lösung der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG auf der Basis einer "handelsrechtlichen" Sondererbfolge bringt daher gleichfalls automatisch eine

---

65) vergl. Kipp-Coing: Erbrecht S. 386, Kaufmann in JZ 59/522, Schlicht in NJW 54/985

66) vergl. oben auf S. 61

rechtliche Sonderbehandlung des Vermögensgegenstandes der Mitgliedschaft mit sich. Daß insofern ein Verstoß gegen das Verbot der fideikommissarischen Vermögensbindung vorliegt, kann nicht bestritten werden. Im Zuge einer rechtsschöpferischen Entwicklung nach den Gedanken der Sondererbfolgeregelungen anderer Rechtsgebiete muß ein derartiger Verstoß bei der Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG aber eben genau so in Kauf genommen werden, wie die Sondererbfolge generell die Durchbrechung des gesetzlich normierten, bürgerlich-rechtlichen Prinzips der erbrechtlichen Gesamthandgemeinschaft zur Folge hat 67).

Es ist Kaufmann 68) zuzugeben, daß die bei der Sondererbfolge notwendige Anpassung des Erbrechts an das Gesellschaftsrecht vermieden werden kann, wenn von der erbrechtlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, den Bestand des Familienvermögens durch letztwillige Verfügungen zu sichern. Die besondere Schwierigkeit tritt doch aber erst auf, wenn eine letztwillige Verfügung gerade fehlt. Warum sollte dann nicht die Lösung gewählt werden, die dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen zum Ziele verhilft und die außerdem dem Wesen der Personalgesellschaft am besten entspricht ? Die vom Erblasser-Gesellschafter gewollte Erhaltung des Familienvermögens wird bei der Sondererbfolgelösung allein auf Grund des Gesellschaftsvertrags genau so erreicht, wie mit Hilfe einer die Nachfolgeklausel ergänzenden letztwilligen Verfügung. Es gibt zwar keinen positiven Satz und kein Rechtsprinzip, wonach eine Familiengesellschaft im Wirtschaftsleben besonders zu schützen sei 69). Diesen Schutz bringt die rechtsschöpferische Entwicklung der in § 139 HGB nicht ausgestalteten Regelung einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG aber eben mit sich. Bezüglich seiner

---

67) So hält Kipp-Coing a.a.O. trotz seiner auf S. 387 angemeldeten Bedenken wegen der Abschaffung der Fideikommisse später zwei einer echten Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG angeglichene Lösungen (vergl. oben Anm. 38 auf S. 83) für möglich, die mit dem Verbot fideikommissarischer Vermögensbindung kollidieren. Er läßt die Bedenken jedoch bei der Erörterung seiner Lösungen auf S. 391 dahingestellt.

68) a.a.O.

69) so Kaufmann a.a.O.

schutzwürdigen Interessen mag das Bauerngut heute zwar wirtschaftlich und sozialpolitisch unter anderen Gesetzen stehen, als die freie Wirtschaft 70). Bei der Anwendung eines im Landwirtschaftsrecht ausgebildeten erbrechtlichen Rechtsinstituts auf eine durch selbständige Rechtsbildung zu schließende Lücke des HGB haben aber rein wirtschaftliche und sozialpolitische Gesichtspunkte schon deshalb zurückzutreten, weil Wirtschaft und Sozialpolitik ganz andern und viel häufigeren Schwankungen unterworfen sind als das Recht.

Abschließend ist zu dem Widerspruch des Verbots fideikommissarischer Vermögensbindung mit der Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG zu sagen, daß diejenigen, die die Lösung einer Sondererbfolge an dem Verbot der Bildung neuer Fideikommnisse scheitern lassen wollen, nicht in der Lage sind, selbst eine dogmatisch und rechtskonstruktiv befriedigende andere Lösung anzubieten. Wenn sich Kaufmann 71) z.B. genötigt sieht, zu der hier abzulehnenden Konstruktion einer getrennten rechtlichen Behandlund von Mitgliedschaftsrechten und Kapitalbeteiligung zurückzukehren 72), so spricht das nicht überzeugend gegen die Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG und die damit notwendigerweise verbundene, jedoch verbotene, gesellschaftsrechtliche fideikommissarische Vermögensbindung. Die Sondererbfolge in den Anteil eines verstorbenen Gesellschafters ist trotz der Gefahr einer fideikommissarischen Vermögensbindung des Gesellschafteranteils zu vertreten, weil es mit der Annahme dieses Instituts nicht darum geht, besondere Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu bevorzugen, sondern nur um das Problem, auf diese Weise die bisher unvermeidbar erscheinende Kollision zwischen gesellschaftsvertraglicher Anordnung und erbrechtlichen Vorschriften befriedigend zu lösen 73).

---

70) vergl. Kaufmann a.a.O.
71) a.a.O.
72) vergl. oben auf S. 5 und S. 30
73) vergl. Petersen in JZ 60/212

5.) Während nun das Heimstättenrecht eine Schöpfung neueren Datums ist, die ihre gesetzliche Normierung im Reichsheimstättengesetz in der Angleichung an das System und die Grundsätze des Anerbenrechts erfahren hat und auf keine selbständige geschichtliche Wurzel zurückblicken kann, haben das Höferecht und das Recht der Personalgesellschaften, insbesondere auch das Recht der OHG und der Vererblichkeit ihrer Mitgliedschaften eine lange und vielgestaltige Geschichte hinter sich.

Es kann hier nicht etwa der Versuch unternommen werden, die Berechtigung der Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG rechtshistorisch beweisen zu wollen. Die g e s c h i c h t l i c h e E n t w i c k l u n g des Höfe- und OHG-Rechts soll aber verfolgt und aufgezeichnet werden, um vielleicht einige etwaige Gemeinsamkeiten und Berührungspunkte der beiden Rechtsgebiete im historischen Ursprung und ihrer Fortbildung zu finden, die für die Annahme des Instituts der Sondererbfolge bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG sprechen.

Für diese Aufzeichnung der geschichtlichen Entwicklung sowohl des Anerbenrechts als auch des Rechts der Vererbung der Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft sei gleich vorweg bemerkt, daß die Literatur zu beiden Rechtsgebieten überaus dürftig ist. Infolge großer partikulärer Verschiedenheiten lassen sich einheitliche Linien oft schwer oder kaum finden. So ist es auch verständlich, daß die gängigen Lehr- und Handbücher des deutschen und römischen Rechts und der Rechtsgeschichte nur sehr zögernd und zurückhaltend eine umfassende Darstellung der Geschichte der beiden speziellen Rechtsgebiete geben können.

a) Bei der Geschichte des bäuerlichen Höferechts ist auszugehen von der germanischen Hausgemeinschaft als ältester Form eines Gesamthandsverhältnisses. Sie ist der Typus der herrschaftlichen Gemeinschaft unter der "munt" des Hausherrn, wobei sich mit dieser Rechtsgemeinschaft die Lebens-

gemeinschaft verbindet: die Wirtschaft wurde auf gemeinsamen Gedeih und Verderb geführt. Durch den Tod des Hausherrn wandelte sich diese herrschaftliche Gemeinschaft in eine oft durch mehrere Generationen erhaltene genossenschaftliche Gemeinschaft der Erben, in die Ganerbengemeinschaft um 74). Die Familienmitglieder - Ganerben - übernahmen den Hof zur gesamten Hand 75) und die Erbengemeinschaften in dieser Form haben sich als bäuerliche Gemeinderschaften durch das ganze Mittelalter hindurch bis in die Neuzeit hinein erhalten 76). Grundsätzlich galt also auch für Bauerngüter das allgemeine Prinzip, daß die Erben das Hofgut in Erbengemeinschaft übernahmen.

In Ablösung der Ganerbengemeinschaft schied nun derjenige, der einen eigenen Hausstand gründete, aus der Gemeinschaft aus. Dabei verlor er die Nutzungen am Hof; der Hof half ihm aber bei der Begründung einer eigenen Lebensstellung durch eine Abfindung 77). Wenn auch für die Bemessung dieser Abfindung die Bedürfnisse des Ausscheidenden und die Lebensfähigkeit des Hofes maßgebend waren 78), so ließ diese Auflösung der Ganerbengemeinschaft allmählich Gefahren für das Hofgut erkennen: Aufteilung, Zersplitterung, Überschuldung. So tauchen die Gedanken der Erhaltung und ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Hofguts auf 79). Der nach dem Ausscheiden der übrigen den Hof übernehmende Erbe müsse "persona habilis" sein, fähig zur Bewirtschaftung und damit, soweit hofrechtliche Güter in Frage standen, zur Leistung der geschuldeten Abgaben und Dienste 80). So wurde es in weitem Umfange üblich, daß das Hofgut von den es gemeinsam übernehmenden Erben einem von ihnen überlassen wurde.

---

74) von Schwerin: Grundzüge des dt. Privatrechts S. 59, Schröder-v.Künßberg: Lehrbuch der dt. Rechtsgeschichte S. 358.

75) vergl. Stoll-Baur S. 13: "in einem Mus und Brot".

76) von Schwerin a.a.O.

77) so Stoll-Baur a.a.O.; Hübner: Grundzüge des dt. Privatrecht S. 804; Mitteis: Dt. Rechtsgeschichte S. 35; Wygodzinski: Handwörterbuch der Staatswissenschaften I. Band S. 293.

78) vergl. Stoll-Baur: a.a.O. S. 13; Wygodzinski a.a.O.

79) Stobbe: Handbuch des dt. Privatrechts S. 379; Hübner: a.a.O. S. 805; von Schwerin: a.a.O. S. 315

80) so von Schwerin a.a.O.

Diese Entwicklung der Erbfolge in Bauerngüter wurde nun noch dadurch beeinflußt, daß im Mittelalter viele Güter im hofrechtlichen Verbande standen und nicht nur die Erbfolge bei Verteilung des Guts vom Gutsherrn bestimmt wurde, sondern auch grundherrliches Heimfallsrecht in Frage kommen konnte 81). Allmählich pflegten die Grundherrn eigene hofrechtliche Vererbungsklauseln zu erlassen, die in ihrem Interesse die Teilbarkeit des Hofguts ausschlossen 82).

So entwickelte sich auf einer doppelten Grundlage, einmal im Wege gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung, zum andern aber auch durch Anordnungen eine Vererbungsweise in Bauerngüter, die ein bäuerliches Gegenstück zu der adligen Sondererbfolge bildete, und als Anerbenrecht bezeichnet zu werden pflegte 83). Nur einer von mehreren gleichnahen Erben erhält das Gut als sog. Anerbe, wovon das besondere Erbfolgerecht in Bauerngüter den Namen des Anerbenrechts erhalten hat, ein Ausdruck, der sich im 16. Jahrhundert findet 84). Aus dem Grundsatz "der Bauer hat nur ein Kind" wurde das erbrechtliche Prinzip der Individualsukzession, das Sondererbfolgerecht in den Hof.

Im einzelnen kann von einer einheitlichen Entwicklung nicht gesprochen werden. Es zeigen sich partikuläre Verschiedenheiten und der Umfang der Bevorzugung des Anerben war unterschiedlich. So nennt Stobbe 85) vier verschiedene Möglichkeiten des Anfalls von Bauerngut an den Anerben.

Einmal übernimmt der Anerbe das Gut zu seinem vollen Wert. Der Erbteil der mehreren Miterben wird nach dem Betrage des gesamten aus Bauerngut und Allod bestehenden Nachlasses berechnet.

---

81) von Schwerin: a.a.O. S. 314; Schröder-v.Künßberg a.a.O. S. 451.

82) Hübner: a.a.O. S. 805; Planitz: Grundzüge des dt. Privatrechts S. 222; von Schwerin a.a.O.

83) Hübner a.a.O.; Wygodzinski a.a.O.

84) von Schwerin: a.a.O. S. 315; Stobbe: a.a.O. S. 383; Stoll-Baur: a.a.O. S. 13

85) a.a.O. S. 389; vergl. auch Hübner a.a.O. S. 805 und Wygodzinski a.a.O.

Zum andern erhält diese Regelung die Modifikation, daß das Bauerngut dem Anerben unter seinem wahren Wert, zu einem vom Vater in einem Testament oder einer sonstigen Urkunde zu bestimmenden oder auch nach gesetzlichen Grundsätzen zu normierenden geringeren Wert angerechnet und demgemäß der Erbteil der Geschwister niedriger festgestellt wird, als ihre Intestatportion sein würde. Die Partikularrechte enthalten genauere Normen darüber, in welchem Maß der das Bauergut übernehmende Anerbe begünstigt werden soll.

Zum dritten findet nach andern Rechten, ähnlich wie bei der Lehenssukzession, eine gesonderte Erbfolge in das Bauerngut und das allodiale Vermögen des verstorbenen Bauern statt. Das Bauerngut fällt an den Anerben als einzigen Erben, welcher mit Rücksicht auf seine Begünstigung den andern Erben eine Abfindung zu leisten hat. In das übrige Vermögen findet die Sukzession nach den gewöhnlichen Grundsätzen statt, teils unter Ausschluß des Anerben, teils so, daß er an demselben gleichfalls teilnimmt.

Endlich kann sowohl das Bauerngut, als auch das übrige Vermögen an den Anerben als einzigen Erben fallen und die mit ihm gleichstehenden Verwandten erhalten lediglich eine Abfindung. Dieselbe wird entweder mit Bezug auf den Wert des Bauerngutes und des Allods bemessen, oder es fällt das Bauerngut auch dem Wert nach ganz und gar dem Anerben zu und die Abfindung bezieht sich lediglich auf das Allod.

Wie jedoch schon der mit der Rezeption des römischen Rechts zur Herrschaft gelangte Grundsatz der Testierfreiheit dem Anerbenrecht hatte gefährlich werden müssen und dessen Geltungsgebiet bereits auf einen verhältnismäßig kleinen Umfang beschränkt hatte, so beraubten es die am Anfang des 19. Jahrhunderts ergriffenen Maßnahmen

der Agrarreform seiner wesentlichen Stützen, und die neue nationalökonomische Lehre sprach ihm die Berechtigung ab 86).

In der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts wandelte sich die Anschauung, indem der alte Gedanke der Erhaltung eines leistungsfähigen Bauernstandes wieder zum Durchbruch kam. Gerade in den alten Anerbengebieten des nordwestlichen Deutschlands wurde die im gemeinen Erbrecht liegende Gefahr erkannt und daher versucht, die Grundsätze des Anerbenrechts gesetzlich zu sichern und auszubauen 87). Zu diesem Zweck wurde, nachdem Bayern und Baden in den fünfziger Jahren mit nicht erfolgreichen Versuchen vorangegangen waren, zunächst in einigen preußischen und außerpreußischen Landesteilen ein "indirektes" oder "mittelbares" Intestat--Anerbenrecht in der Art eingeführt, daß es lediglich für solche Stellen Platz greifen sollte, die auf Antrag des Eigentümers in eine "Höferolle" oder "Landgüterrolle" eingetragen wurden 88). Das Vorbild für diese Regelung bildete eine hannover'sche Landgüterverordnung von 1874, der sich entsprechende für Lauenburg, Westfalen, den Regierungsbezirk Kassel, Brandenburg, Schlweswig-Holstein, Schlesien, sowie ein oldenburgisches und ein bremisches Höfegesetz anschlossen 89). Da sich aber diese Regelung nicht bewährte, wurde durch neuere Gesetze ein "direktes" Anerbenrecht eingeführt oder neu geregelt; so in Preußen 1896 für die Renten- und Ansiedlungsgüter, 1898 für Westfalen und fünf niederrheinische Kreise, sowie 1898 für die geschlossenen Hofgüter im Schwarzwald, in Braunschweig und in Schaumburg-Lippe. In Mecklenburg war bereits 1869 und 1872 für die Erbpachtstellen Anerbenrecht und Unteilbarkeit

---

86) Hübner: a.a.O. S. 806
87) Hübner a.a.O.; Wygodzinski a.a.O.
88) Hübner a.a.O.; Wygodzinski a.a.O. S. 294
89) Hübner a.a.O.; Gengler: Das dt. Privatrecht S. 684

gesetzlich vorgeschrieben worden. Auch in Österreich erging ein Reichsgesetz über das Anerbenrecht (1889), dem Landesgesetze für Tirol (1900), Kärnten (1903) und Böhmen (1908) folgten 90).

Nach den deutschen Gesetzen unterliegen die bestimmten näher bezeichneten Güter von Rechts wegen dem Anerbenrecht, das mangels besonderer letztwilliger Verfügung ohne weiteres Platz greift. Diese Güter werden von Amts wegen im Grundbuch als Anerbengüter vermerkt, für andere kann die Eintragung als Anerbeneigenschaft beantragt werden 91). Das Anerbenrecht in dieser Form stellt eine Sondererbfolge in den Hof dar. Die Miterben haben einen Anspruch auf Abfindung, wobei im einzelnen über Art und Höhe besondere Vorschriften bestehen.

Der nationalsozialistische Staat hat dem Anerbenrecht in die Bauerngüter mit der Schaffung des Reichserbhofgesetzes vom 29.9.1933 dann zu einer einheitlichen reichsrechtlichen Regelung verholfen, wobei "unter Sicherung alter deutscher Erbsitte das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes" erhalten bleiben sollte 92). Das Reichserbhofrecht wurde durch Kontrollratsgesetz Nr. 45 vom 24.2.1947 mit Wirkung vom 24.4.1947 in der Form außer Kraft gesetzt, daß das Grundeigentum wieder der am 1.1.1933 geltenden Erbfolgeregelung unterstand. In der britischen Zone wurde zum gleichen Zeitpunkt durch Militärregierungsverordnung Nr. 84, die Höfeordnung vom 24.4.1947 geltendes Recht.

b) Auch die Geschichte der OHG und speziell der Vererbung der Mitgliedschaften geht zurück auf den Kreis der germanischen Familie und den Verband der Ganerbschaft des deutschen Rechts 93). In der zeitweiligen Betätigung des

---

90) Hübner a.a.O.; Wygodzinski a.a.O.

91) Hübner a.a.O.

92) vergl. Vorspruch zum REG

93) Lastig in ZHR Bd. 24 S. 431 ff; Kuntze in ZHR Bd. 6 S. 183; Schmidt: Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters S. 35, Viezens in ZHR Bd. 35 S. 112; Planitz a.a.O. S. 44; Hueck: Gesellschaftsrecht S. 55.

Familienverbandes und der Ganerbenschaft mit ihren Angehörigen und ihrem Vermögen auf dem Gebiete des Handels muß man die ersten Handelsgesellschaften erblicken 94). Daraus wird dann auch verständlich, wenn die Rechtsgrundsätze der Ganerbschaft und andere familien- und erbrechtliche Prinzipien auf die Handelsgesellschaften Anwendung finden.

Neben diesem familien- und erbrechtlich gebundenen Typ bilden sich allmählich auch Gesellschaften mit vertraglichen Bindungen und dem ausgesprochenen Ziel der Handelstätigkeit. Ursprünglich wurden diese Verträge fast ausschließlich zwischen Verwandten abgeschlossen, weil nur das Band der Blutsverwandtschaft in jenen Zeiten schwachen Rechtsschutzes Gewähr für das notwendige Vertrauen unter den Gesellschaftern bieten konnte 95). Mit der immer weiteren Ausdehnung des Handels im 13./15. Jahrhundert waren die Familienkräfte allein nicht mehr in der Lage, den Umfang der Geschäfte zu bewältigen. Auch die Notwendigkeit, große Kapitalien bereitzustellen, trug dazu bei, Nichtverwandte in die Gesellschaft einzubeziehen. Das natürliche Band der Blutsverwandtschaft mußte ausschließlich durch das Rechtband des Gesellschaftsvertrages ersetzt werden 96).

Für die Geschichte der Vererbung der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft ergibt sich entsprechend dieser doppelten Grundlage, des Vertrags auf der einen und der familien- und erbrechtlichen Gebundenheit auf der anderen Seite, ein Bild großer Mannigfaltigkeit 97). Die Folgen für Gesellschaft und Erben beim Tod eines Gesellschafters sind sehr verschieden ausgestaltet: Häufig wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, wobei eine Vermögensauseinandersetzung stattfindet, an der die Erben mit dem Anteil ihres Erblassers teilnehmen. In anderen

---

94) Kuntze a.a.O. S. 209; Lastig a.a.O. S. 437
95) Fellmeth: Der Erbe eines Mitglieds einer OHG S. 2
96) Fellmeth: a.a.O.
97) Schmidt a.a.O. S. 79 ff.

Fällen werden die Erben abgefunden und die Gesellschaft durch die überlebenden Mitglieder fortgesetzt. Vielfach treten die Erben an Stelle ihres Erblassers in die Gesellschaft ein 98).

Letzterer Grundsatz gilt hauptsächlich für die familien- und erbrechtlich gebundene Gesellschaft und ergibt sich aus der durch Verwandtschaft und Abstammung herrührenden persönlichen und sittlichen Verbundenheit der Mitglieder, die durch den Eintritt des Erben erhalten und fortgesetzt werden soll 99). Dagegen wurde beim Zusammenschluß blutsfremder Gesellschafter die Rechtstellung der Erben eines Mitglieds regelmäßig ausschließlich in den Gesellschaftsverträgen bestimmt. Diese enthalten mitunter noch weitere Einzelvorschriften für die Erben. So konnte für sie die Pflicht begründet werden, dem überlebenden Sozius bei der Einziehung von Außenständen behilflich zu sein. Die Erben konnten auch vertraglich verpflichtet werden, für den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft durch die Überlebenden den Kapitalanteil ihres Erblassers nach dem Erbfall noch eine Zeit lang in der Gesellschaft zu belassen, eventuell unter Beteiligung an Gewinn und Verlust. Dadurch sollte einer infolge großer Erbschaftsauszahlungen möglicherweise entstehenden gefährlichen Verminderung des Gesellschaftskapitals vorgebeugt werden 100).

Zusammenfassend kann über die beim Tode eines Gesellschafters entstehenden Rechtsbeziehungen der überlebenden Mitglieder und der Erben des Verstorbenen im Mittelalter und der beginnenden Neuzeit mit Fellmeth 101) festgestellt werden, daß sie weder gewohnheitsrechtlich, noch bei Errichtung von Gesellschaftsverträgen, noch in schriftlichen

---

98) vergl. Schmidt a.a.O. S. 79 ff, Stobbe in ZHR Bd. 8 S. 54, Viezens a.a.O. S. 113, die einzelne Gesellschaftsverträge auf die Rechtsfolgen nach dem Tod eines Gesellschafters untersuchen.

99) Fellmeth a.a.O. S. 3

100) Schmidt a.a.O. S. 79

101) a.a.O. S. 4

Aufzeichnungen der wenigen sich mit dieser Materie befassenden Stadtrechte umfassend und einheitlich geregelt worden sind. Gesellschaftsverträge und Stadtrechte begnügen sich mit der Aufstellung weniger verschiedenartiger Einzelvorschriften, die die Rechtsstellung der Erben nur nach einzelnen Seiten zu erfassen versuchen.

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland ist nun auch auf die deutschrechtlichen Handelsgesellschaften nicht ohne Einfluß geblieben. Die Normen der römischen societas traten zu den deutschrechtlichen Anschauungen hinzu.

Die römische societas unterscheidet sich in verschiedenen Merkmalen wesentlich von der deutschrechtlichen Handelsgesellschaft. Die societas, als Konsensualkontrakt ausgestaltet, baut auf der "bona fides", der "fraternitas" der einzelnen "socii". Aus diesem schuldrechtlichen Vertrauensverhältnis ergibt sich ihre Rechtsnatur als reine Innengesellschaft: Rechtswirkungen entstehen nur im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander; eine Existenz nach außen ist der societas nicht bekannt 102).

Aus dieser Rechtsnatur der societas finden die Vorschriften des römischen Rechts für den Fall des Todes eines Mitglieds der Gesellschaft ihre Erklärung: Der Tod eines Gesellschafters bewirkt notwendig die Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses. Auch der Fortbestand der Gesellschaft unter den überlebenden socii nach dem Tode eines Gesellschafters konnte mit bindender Wirkung im Voraus, also bei Abschluß des Konsensualkontrakts, nicht vereinbart werden 103). Völlig fremd war aber der römischen societas

---

102) vergl. Jörs-Kunkel-Wenger: Römisches Privatrecht S. 242; Kaser: Das römische Privatrecht S. 477; Sohm-Mitteis: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts S. 435; Rösler ZHR Bd. 4 S. 257.

103) D. 17/2/65/9; J. 3/25/59; Jörs-Kunkel-Wenger a.a.O.; Kaser S. 40; Sohm-Mitteis S. 436; Siber: Römisches Privatrecht S. 206; Crome: Grundzüge des römischen Privatrechts S. 162; Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts S. 487; anderer Ansicht Fellmeth S. 4, RGZ 16/45.

eine Veränderung des Personenstandes der Gesellschaft, also die Aufnahme eines neuen Mitglieds in die societas und der Austritt eines alten. Deshalb war eine Abrede, daß der Erbe in die Gesellschaft eintreten solle, unwirksam 104). Ein Wechsel in der Person eines Gesellschafters durch Erbgang, wie in den Familiengesellschaften des deutschen Rechts üblich, war also im römischen Recht schlechthin undenkbar, weil die besondere Individualität eines jeden socius so maßgebend für den Abschluß der societas ist, daß ein Wechsel gegen die Natur des Vertrags als eines persönlichen Vertrauensverhältnisses verstoßen würde 105). Wenn die verbleibenden Gesellschafter nach dem Tode eines socius die Gesellschaft allein oder unter Einschluß dritter Personen, und seien es die Erben des verstorbenen Gesellschafters, fortsetzen wollen, so erfordert das neuen Konsens, neue "fraternitas" und neue "bona fides" und kann nur durch Abschluß eines neuen Kontraktes erreicht werden: andere socii, andere societas 106).

Dieses römisch-rechtliche Verbot der Übertragung und Vererblichkeit der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft ist nun mit dem Vordringen der Rezeption in Deutschland immer mehr geltendes Recht geworden. Die deutschrechtliche Möglichkeit, daß die Erben des verstorbenen Gesellschafters an dessen Stelle in der Gesellschaft traten, wurde verdrängt.

Das Wiedererwachen des deutschrechtlichen Gedankens von der Vererblichkeit der Gesellschafterstellung steht in engem Zusammenhang mit den drei großen Codifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, dem Code Napoléon vom 1807 und dem Allgemeinen Gesetzbuch für die gesamten

---

104) D. 17/2/59 pr.; vergl. Jörs-Kunkel-Wenger a.a.O.; Kaser a.a.O.; Sohm-Mitteis a.a.O.; Windscheid a.a.O.

105) Fellmeth S. 5

106) Sohm-Mitteis a.a.O.; Kaser a.a.O.; Crome a.a.O.

Erbländer der Österreichischen Monarchie von 1812. Diese Gesetzbücher haben die Entwicklung des Wirtschaftlebens und die Bedürnisse des Handelsstandes berücksichtigt und insgesamt, wenn auch in verschiedener Ausgestaltung, die Fortsetzung der Handeslgesellschaft mit dem Erben anerkannt 107). So gilt gemäß § 1207 des Österreichischen Gesetzbuches die Vermutung, daß die überlebenden Mitglieder die Gesellschaft unter sich fortsetzen wollen, falls eine entsprechende Vereinbarung vertraglich nicht getroffen wurde, und § 1208 verpflichtet die Erben, "sich dem Willen des Erblassers zu fügen, falls der Gesellschaftsvertrag auf die Erben lautet." Auch der Code Napoleon anerkennt in Art. 1868 die Rechtsverbindlichkeit einer Vertragsklausel, wonach beim Tode eines Mitglieds die Gesellschaft entweder mit seinen Erben oder unter den überlebenden Mitgliedern allein fortbestehen soll. Nach ALR Abschnitt III, Titel 17, Teil 1 §§ 278-282 ist für den Fall des Todes eines Gesellschafters eine dreifache Gestaltung möglich: Hatte der verstorbene Gesellschafter am Betrieb des Geschäfts keinen tätigen Anteil genommen, so traten die Erben auf jeden Fall, auch ohne vertragliche Fortsetzungsklausel in die Gesellschaft ein. Bei tätiger Anteilnahme des Erblasser-Gesellschafters stand dem Erben und jedem überlebenden Gesellschafter ein Rücktrittsrecht zu. War dagegen im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Erben in der Gesellschaft bleiben sollten, so waren die Erben und die überlebenden Mitglieder an diese Vertragsabrede gebunden 108).

Diese drei großen Gesetzgebungswerke haben nun ihren Einfluß auch auf diejenigen Teile Deutschlands ausgedehnt, in denen mangels eigener Codifikationen im wesentlichen gemeines Recht in Geltung geblieben war. Auf diese Weise und unter dem Zwang wirtschaftlicher Bedürnisse haben auch auf den Gebieten des gemeinen Rechts die deutsch-

---

107) Fellmeth S. 6

108) vergl. dazu die historischen Ausführungen des RG in RGZ 16/40 ff.

rechtlichen Anschauungen Fuß gefaßt und sind als derogierendes Gewohnheitsrecht dem gemeinen Juristenrecht gegenübergetreten 109). Demgemäß standen sich bis zum Erlaß des ADHGB von 1861 im Geltungsbereiche des gemeinen Rechts über die Frage der Vererblichkeit der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft zwei Ansichten gegenüber: die gemeinrechtliche, die an dem Verbot der Digesten festhält und eine Fortsetzungsvereinbarung des Gesellschaftsvertrags für ungültig erklärt und die deutschrechtliche, die das Bestehen eines Gewohnheitsrechts annimmt, durch das jenes Verbot außer Kraft gesetzt sei 110).

Das ADHGB hat sich dann in Art. 123 Nr. 2 zugunsten der deutschrechtlichen Auffassung entschieden und dort bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Mitglieds fortbesteht, wenn eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag getroffen war. Es hat weiter die Möglichkeit zugelassen, daß die Gesellschaft von den überlebenden Mitgliedern allein fortgeführt wird, wenn dies vor dem Tode des verstorbenen Gesellschafters gesellschaftsvertraglich vereinbart worden war 111). Nur für den Fall, daß eine gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsvereinbarung nicht getroffen war, hat das ADHGB dem römisch-rechtlichen Grundsatz der Auflösung der Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters Rechnung getragen. Das HGB von 1897 hat diese Regelung der für Gesellschaft, Mitglieder und Erben beim Tod eines Gesellschafters eintretenden Rechtsfolgen in geringer Abweichung übernommen 112).

c) Der Vergleich der Geschichte des Anerbenrechts in das Bauerngut und der Erbfolgemöglichkeit in die Gesellschafterstellung einer OHG läßt denselben geschichtlichen Ursprung beider Rechtsgebiete in der Familie, der Hausge-

---

109) RGZ 16/47
110) RGZ 16/46
111) Art. 127 ADHGB
112) §§ 131 Nr. 4, 138, 139 HGB

meinschaft und der Ganerbengemeinschaft des germanischen Rechtskreises erkennen. In der weiteren historischen Entwicklungslinie bieten sich zwar für beide Rechtsgebiete nicht die Gemeinsamkeiten und Berührungspunkte dar, die aus der Möglichkeit der Vererbung der Mitgliedschaft in einer OHG auf die rechtliche Durchführung der Vererbung im Sinne der im Anerbenrecht entwickelten Sondererbfolge unbedingt schließen lässt.

Aber selbst wenn sich die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG geschichtlich nicht zwingend aufdrängt, so läßt doch der Vergleich der Geschichte von Anerbenrecht und Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters, vor allem der ausschließlich deutschrechtliche Ursprung der Vererbung der Gesellschafterstellung in einer OHG eine Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG immerhin h i s t o r i s c h v e r t r e t b a r erscheinen.

6.) Das Entscheidende muß sein, daß sich mit der Annahme einer Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG das gesellschaftsrechtlich verlangte Ziel erreichen und befriedigend erklären läßt: Die Sondererbfolge ist der weitere Schritt auf dem schon betretenen Weg der A n p a s s u n g d e s E r b r e c h t s a n g e s e l l s c h a f t s r e c h t l i c h e N o t w e n d i g k e i t e n , wie ihn die herrschende Lehre und Rechtsprechung bei dem Teilproblem der Nachfolge sämtlicher Miterben ausdrücklich anerkennt 113). Dabei ist zu beachten, daß es sich k e i n e s w e g s u m e i n e r e v o l u t i o n ä r e N e u e r u n g handelt, sondern daß lediglich ein bereits bekanntes Institut eine Erweiterung erfährt und ihm ein neues Anwendungsgebiet erschlossen wird, das vom Gesetz nicht vollständig ausgestaltet wurde.

---

113) Siebert in BB 57/19

Dem Weg über die Sondererbfolge ist der Vorzug vor allen anderen Lösungsversuchen zu geben, weil er im Gegensatz zu anderen Lösungen rechtskonstruktiv völlig klar und unkompliziert zu dem Ergebnis führt, das allgemein als allein richtig anerkannt wird; denn nur der rechtlich einfache und übersichtliche Weg kann die wirtschaftliche Praxis richtig befriedigen 114). Bei der Sondererbfolge wird durchaus mit Mitteln des Erbrechts gearbeitet, die an bereits vorhandene erbrechtliche Institute in anderen Rechtsgebieten anknüpfen können und sich vor allem in die erbrechtliche Systematik einordnen lassen. Auf jeden Fall aber ist das gesellschaftsvertraglich verlangte Ziel des unmittelbaren ausschließlichen Anfalls der Mitgliedschaft einer OHG an den oder die nachfolgeberechtigten Erben nur mit der Annahme einer Sondererbfolge dogmatisch befriedigend zu erklären. Die Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG stellt somit den dogmatisch, systematisch und rechtskonstruktiv klaren, unkomplizierten Rechtsweg zu einem wirtschaftlich längst anerkannten Ergebnis dar.

---

114) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 25 und BB 57/20; Tidau in MDR 57/641.

V. Teil

Die Stellung der nichtnachfolgeberechtigten Miterben

Wenn nach dem allgemein anerkannten Ergebnis einer auf einen einzelnen Miterben beschränkten Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag der nachfolgeberechtigte Miterbe allein und unmittelbar die gesamte Mitgliedschaft in der OHG so erwirbt, wie sie dem Erblasser-Gesellschafter zustand, so ist es nur allzu verständlich, daß sich die nichtnachfolgeberechtigten Miterben in ihrem Erbrecht benachteiligt fühlen. Ein wesentlicher, ja meist sogar der weitaus überwiegende Teil des Vermögens ihres gemeinsamen Erblassers ist mit der Mitgliedschaft in der vielleicht zum bedeutenden wirtschaftlichen Unternehmen emporgestiegenen OHG ihrem Zugriff entzogen, während sie sich auf den übrigen Teil des Erblasservermögens beschränken müssen, an dem der bevorzugte Miterbe sogar noch gesamthänderisch beteiligt ist. Es ist daher durchaus begreiflich, wenn die Nichtnachfolgeberechtigten nach Mitteln und Wegen gesucht haben, um irgendwie an die Mitgliedschaft heranzukommen oder doch wenigstens einen Vermögensausgleich oder eine Abfindung in Geld für die Schmälerung ihres Erbteils durch die gesellschaftsvertragliche Anordnung der beschränkten Nachfolge zu erhalten.

Die Erben, die durch Gesellschaftsvertrag nicht zur Nachfolge in die Gesellschafterstellung berufen sind, haben sich deshalb auch bemüht, A u s g l e i c h s - u n d A b f i n d u n g s a n s p r ü c h e geltend zu machen und zwar einmal gegen die Gesellschaft und zum andern gegen den bevorzugten Nachfolger-Miterben. Bei der Untersuchung der Stellung der nichtnachfolgeberechtigten Miterben und ihrer Ansprüche ist dementsprechend auch zwischen

ihrem Verhältnis zur Gesellschaft und dem zum nachfolgeberechtigten Gesellschafter-Miterben zu unterscheiden.

§ 25. Die Stellung gegenüber der OHG

Die Stellung der nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegenüber der Gesellschaft wird ausschließlich bestimmt durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, durch die Grundsätze und Normen des Rechts der Personalgesellschaften.

1.) Das RG 1) erklärte bezüglich der Abfindungsansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Miterben g e g e n d i e O H G , daß sich das Erbrecht der Nichtnachfolgeberechtigten hinsichtlich der gesellschaftlichen Beteiligung ihres Erblassers auf die sich aus § 738 BGB ergebenden Abfindungsansprüche beschränke, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag auch deren Geltendmachung ausschließe, ohne aber die Ansprüche irgendwie näher zu begründen. Auch Coing 2) begnügt sich mit der bloßen Feststellung, daß für die übrigen Miterben ein Abfindungsanspruch nach § 738 BGB gegen die Gesellschaft entstehe, wenn dem Gesellschafter-Miterben nicht der ganze Kapitalanteil des verstorbenen Gesellschafters zugewiesen werde.

a) Donner 3) hat den Abfindungsanspruch für die nichtnachfolgeberechtigten Miterben nach § 738 BGB zu begründen versucht, indem er sämtliche - auch die von der Nachfolge ausgeschlossenen - Miterben z u n ä c h s t in die Gesellschaft e i n t r e t e n , die nichtnachfolgeberechtigten aber sofort wieder ausscheiden läßt. Die erste Voraussetzung für die Anwendung des § 738 BGB, nämlich das Ausscheiden von Gesellschaftern aus der OHG, ist damit erfüllt. Donner läßt es aber offen, wie man sich die zweite Voraussetzung, die Anwachsung, für die Entstehung von Ab-

---

1) RG in DR 43/1226
2) Kipp-Coing: Erbrecht S. 391
3) in DR 43/1205

findungsansprüchen gegen die Gesellschaft vorzustellen hat. Man geht wohl nicht fehl in der Annahme, daß Donner unter Anwachsung des Anteils am Gesellschaftsvermögen eines durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters an die überlebenden Gesellschafter nicht die Steigerung der gesamthänderischen Mitberechtigung der übrigen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen versteht. Er geht offensichtlich von der nicht zulässigen Aufteilung der Mitgliedschaft bei der Vererbung in personen- und vermögensrechtliche Bestandteile aus, wonach die personenrechtlichen Elemente unmittelbar auf den Nachfolger-Miterben übergehen, während die vermögensrechtliche Beteiligung, wenn auch nur für einen l o g i s c h e n A u g e n b l i c k , auch den nichtnachfolgeberechtigten Miterben zustehen soll 4). Es ist doch aber völlig ausgeschlossen, daß Nichtgesellschafter an einer OHG kapitalmäßig beteiligt sein können.

b) Demgegenüber geht W o l f 5) zunächst von der richtigen Feststellung aus, daß § 738, I, 2 BGB versagt, wo ein wegfallender Gesellschafter unmittelbar durch einen anderen ersetzt wird. Wenn man aber trotzdem unter allen Umständen den nichtnachfolgeberechtigten Miterben Abfindungsansprüche gegen die OHG einräumen will, dann muß man schon, wie Wolf es tut, den unmittelbaren erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft auf den Gesellschafter-Miterben leugnen und die Anwendung des § 139 HGB für den Fall ablehnen, daß nicht alle Miterben in die Gesellschafterstellung des Erblassers nachfolgen: Der durch Gesellschaftsvertrag Begünstigte erhält nur ein Recht zum Eintritt nicht anders als wenn er Nichterbe wäre. Auf die Problematik der kapitalmäßigen Beteiligung 6) des Begünstigten geht Wolf dabei nicht ein.

Daß sich mit dieser Lösung Abfindungsansprüche für die nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegen die OHG rein

---

4) vergl. oben auf S. 30
5) in NJW 54/1550
6) siehe oben auf S. 51

rechtskonstruktiv schaffen lassen, ist selbstverständlich; denn mit der bloßen Einräumung eines Eintrittsrechts liegen die Voraussetzungen für die Anwendung des § 738, I, 2 BGB, Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters und Anwachsung seiner Mitgesamthänderfunktion an die überlebenden Gesellschafter, vor. Daß aber eine Umdeutung der Nachfolgeklausel in ein bloßes Eintrittsrecht für den gesellschaftsvertraglich begünstigten Miterben nicht möglich und auch nicht gewollt ist, wurde schon dargelegt 7).

c) Unverständlich ist es, daß auch L i e b i s c h den von der Nachfolge ausgeschlossenen Erben einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft nach § 738 BGB einräumen will 8), wo er doch die Mitgliedschaft in der OHG als ein rechtliches Sondergut ansieht, das sich vom übrigen Vermögen des Gesellschafters abhebt, deshalb sogar außerhalb des Nachlasses unmittelbar auf den Nachfolgeberechtigten übergeht und dieser die Mitgliedschaft kraft ihrer Sondergutsnatur so fortsetzt, wie sie der verstorbene Gesellschafter innegehabt hatte. Liebisch gibt selbst zu, daß es auf den ersten Blick befremdlich erscheinen müsse, wenn die Gesellschafterstellung des Erblassers von einem Erben fortgesetzt werde, der Erblasser-Gesellschafter aber gleichzeitig als ausgeschieden behandelt werden müsse, um Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft begründen zu können. Diese Erscheinung fände aber ihre Erklärung darin, daß der wirtschaftliche Wert, der im Kapitalanteil zum Ausdruck kommt, von der Beteiligung des Erblassers gelöst und ganz oder teilweise in einen Auseinandersetzungsanspruch umgewandelt werden könne.

Das ist doch nur die insoweit richtige Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der OHG und der Anwachsung seiner Gesamthänderfunktion am Gesellschaftsvermögen an

---

7) vergl. auf S. 59

8) Liebisch ZHR Bd. 116 S. 151

die überlebenden Gesellschafter, aber keine Erklärung dafür, daß der Nachfolger-Miterbe die Gesellschafterstellung fortsetzt, der Erblasser-Gesellschafter aber gleichzeitig als aus der Gesellschaft ausgeschieden betrachtet werden muß. Liebisch verkennt offensichtlich, daß der Erblasser-Gesellschafter bei der Nachfolge durch einen gesellschaftsvertraglich bevorzugten Miterben mit seinem Tode zwar aus seiner Gesellschafterstellung ausscheidet, daß aber diese Gesellschafterstellung von seinem Nachfolger fortgesetzt wird. Zur Entstehung von Abfindungsansprüchen nach § 738, I, 2 BGB ist aber ein Ausscheiden aus der Gesellschaft erforderlich, also das Erlöschen einer Mitgliedschaft der OHG. Dieser Gedanke läßt sich doch aber mit der von Liebisch vertretenen Sondergutsnatur der Mitgliedschaft und ihres unberührbaren Übergangs auf den Nachfolger-Miterben nicht vereinbaren.

d) Auch der BGH 9) und Hueck 10) als Vertreter der sogenannten Teilnachfolge wollen den nichtnachfolgeberechtigten Miterben einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft zugestehen, der aber durch eine entsprechende Anordnung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden könne. Dabei widerspricht sich der BGH in seinem Urteil. Unter Ziffer 3 wird ausgeführt, daß ein Abschichtungsanspruch für die Erbengemeinschaft gem. § 738 BGB nur zur Entstehung gelangt sein könnte, wenn ein Nachfolger für den Erblasser in die Gesellschaft nicht eingetreten wäre und wenn die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern allein fortgeführt worden wäre. Dagegen wird unter Ziffer 5 erklärt, daß die Miterben, die als Gesellschafter-Nachfolger nicht zugelassen sind, zur gesamten Hand einen Abfindungsanspruch nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglichen Regelung und zwar unter Berücksichtigung der ihnen zustehenden Erbteile gegen die Gesellschaft erhalten.

---

9) BGHZ 22/194

10) Hueck: Recht der OHG S. 266, DNotZ 52/550 und JZ 57/223

Die Lösungen auf dem Weg über eine Teilnachfolge müssen aber notgedrungen zu Abfindungsansprüchen gegen die Gesellschaft kommen, weil ja nach ihrer Meinung der Gesellschafter-Miterbe nur das und nur soviel erlangen kann, wie ihm aufgrund seines Erbrechts zusteht. Wie soll den nichtnachfolgeberechtigten Erben aber die übrige Kapitalbeteiligung anders zufallen als in Abfindungsansprüchen gegen die Gesellschaft, wenn diese Miterben als Nichtgesellschafter kapitalmäßig an der OHG nicht beteiligt sein können? Die Vertreter der Teilnachfolge übersehen jetzt jedoch, daß die Voraussetzungen für die Entstehung solcher Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft gemäß § 738, I 2 BGB gar nicht vorliegen. Im Sinne des Gesetzes ist nach § 738, I 1 BGB niemand aus der Gesellschaft ausgeschieden: Die nichtnachfolgeberechtigten Miterben, die den Anspruch gegen die Gesellschaft geltend machen, nicht, weil sie niemals Gesellschafter gewesen sind, und der Erblasser-Gesellschafter nicht, weil seine Gesellschafterstellung durch den Nachfolger-Miterben fortgeführt wird. Ohne Wegfall einer Mitgliedschaft, ohne Verminderung der Zahl der Gesellschafter kann aber auch keine Anwachsung der gesamthänderischen Mitberechtigung an die überlebenden Gesellschafter stattfinden. Im übrigen ist ja das kaum lösbare Problem des Anfalls der Kapitalbeteiligung des Erblasser-Gesellschafters, die dem Nachfolger-Miterben aufgrund seines Erbrechts n i c h t zusteht, an die nichtnachfolgeberechtigten Miterben einer der Hauptgründe, weshalb die Lösung der Teilnachfolge in die Mitgliedschaft abzulehnen sein dürfte.

2.) Gleichgültig, ob man dem Gedanken der Sondererbfolge in die Mitgliedschaft einer OHG folgt oder nicht, Abfindungsansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegen die Gesellschaft können auf jeden Fall nicht in Betracht kommen, wenn man die Gesellschafterstellung als

in vollem Umfang vererbt ansieht. Geht nämlich die Mitgliedschaft als ganze auf den nachfolgeberechtigten Miterben über und wird die Gesellschafterstellung von dem Nachfolger so fortgeführt, wie sie der Erblasser innegehabt hatte, dann liegt der Fall des § 738 BGB nicht vor 11):

Das Ausscheiden eines verstorbenen Gesellschafters findet lediglich statt, wenn die Gesellschaft gemäß § 138 HGB unter den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt wird, was auch für den Fall zutrifft, daß dem oder den Erben durch den Gesellschaftsvertrag ein bloßes Eintrittsrecht eingeräumt ist, weil ja bis zur Ausübung des Eintrittsrechts die OHG unter den übrigen Gesellschaftern gleichfalls fortbestehen muß. Dabei erlischt die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters, seine Gesellschafterstellung kommt in Wegfall, die Zahl der Gesellschafter vermindert sich. "Der Anteil am Gesellschaftsvermögen", die gesamthänderische Mitberechtigung eines jeden Gesellschafters wird dadurch gesteigert. Und in diesem Fall haben die Erben einen Anspruch auf Auszahlung des Kapitalwerts der Beteiligung ihres verstorbenen Erblasser-Gesellschafters in Form des Abfindungsguthabens zur gesamten Hand.

Die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel, die die unmittelbare Fortführung der Mitgliedschaft in der OHG durch einen Erben anordnet, vermeidet aber gerade das Erlöschen der Mitgliedschaft, den Wegfall der Gesellschafterstellung, das Ausscheiden aus der Gesellschaft. Durch seinen Tod scheidet der Erblasser aus seiner Stellung als Gesellschafter aus, er wird aber automatisch in dieser Stellung durch seinen Nachfolger voll und ganz ersetzt. Infolgedessen kann im Sinne des Gesetzes auch keine Anwachsung an die überlebenden Gesellschafter stattfinden. Die Kapitalbeteiligung des Verstorbenen bleibt als solche in der Gesellschaft, sie hat lediglich durch die unmittel-

---

11) vergl. Siebert in BB 56/838, Zunft in NJW 57/1132; vergl. auch oben auf S. 71.

bare erbrechtliche Nachfolge eines Miterben den Eigentümer gewechselt. Die Entstehung von Abfindungsansprüchen nach § 738, I, 2 BGB, in welcher Form die Kapitalbeteiligung des verstorbenen Gesellschafters seinen nichtnachfolgeberechtigten Erben als Nichtgesellschaftern nur zustehen kann, ist somit ausgeschlossen, weil es an den Voraussetzungen des § 738, I, 1 BGB fehlt.

Es ist deshalb auch gar nicht nötig, in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags Anordnungen bezüglich dieser Abfindungsansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Miterben zu treffen und daran auch noch bestimmte Folgen anzuknüpfen 12). Nach § 738 BGB können A b f i n d u n g s a n s p r ü c h e nicht entstehen, und andere Ansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Miterben g e g e n d i e G e s e l l s c h a f t sind n i c h t ersichtlich.

§ 26. Die Stellung gegenüber dem nachfolgeberechtigten Miterben

Waren für die Frage, welche Stellung die nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegenüber der Gesellschaft einnehmen und ob diese Stellung zur Geltendmachung von Abfindungsansprüchen gegen die Gesellschaft ausreicht, ausschließlich die gesellschaftsvertraglichen Anordnungen und die Normen des Gesellschaftsrechts maßgebend, so ist es ausschließlich ein Problem erbrechtlicher Natur, soweit das V e r h ä l t n i s d e r M i t e r b e n u n t e r e i n a n d e r zur Erörterung steht. Infolgedessen können es nur Normen des Erbrechts sein, die Ausgleichsansprüche der Nichtnachfolgeberechtigten gegen ihren gesellschaftsvertraglich bevorzugten Miterben begründen können.

1.) Zunächst ist es für derartige Ausgleichsansprüche die entscheidende Voraussetzung, daß die M i t g l i e d s c h a f t in der OHG, die in ihrer Gesamtheit dem Nachfolger-Miterben mit dem Erbfall unmittelbar allein zusteht,

---

12) vergl. z.B. BGHZ 22/186 ff, Hueck in JZ 57/223

z u m a l l g e m e i n e n N a c h l a ß des verstorbenen Gesellschafters gehört. Nur wenn der nachfolgeberechtigte Miterbe im Rahmen des Nachlasses mit der Mitgliedschaft einen größeren Erbteil als die übrigen Miterben erhält, kann er diesen gegenüber ausgleichspflichtig sein.

Zum Teil wird in Lehre und Rechtsprechung die Ansicht vertreten, die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters in einer OHG gehöre n i c h t zu seinem Nachlaß. Diese Ansicht beruhte einmal darauf, daß eine unmittelbare erbrechtliche Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG überhaupt geleugnet und in jeder Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ein bloßes Eintrittsrecht für den oder die nachfolgeberechtigten Miterben gesehen wurde 13), zum anderen lagen den Entscheidungen Fälle zugrunde, in denen der Gesellschaftsvertrag dem oder den Nachfolgern von vornherein lediglich ein bloßes Eintrittsrecht in die Gesellschaft eingeräumt hatte 14). Außerdem lehnt Liebisch 15) mit seiner allein stehenden Meinung die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft von vornherein ab: sie sei ein Sondergut, das sich rechtlich vom sonstigen Vermögen des Erblassers wegen der Bindung an die Gesellschaft abhebe.

Unklar in der Frage der Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft bleiben die Vertreter der sog. Teilnachfolge. Während Hueck ursprünglich 16) behauptete, daß die Gesellschafterstellung nicht zum gemeinschaftlichen Vermögen der Miterben gehöre und daher auch nicht in den Nachlaß falle, nahm er später 17) an, daß im Falle des gesellschaftsvertraglich angeordneten Ausschlusses von Abfindungsan-

---

13) vergl. RGZ 145/298, 170/392, 171/328, RG in DR 43/1229, Schlegelberger-Gessler zu § 139 HGB Anm. 17

14) vergl. etwa OLG Hamburg in MDR 55/43, OLG Bamberg in MDR 56/41

15) ZHR Bd. 116 S. 137

16) Recht der OHG S. 266 und NJW 54/477

17) in JZ 57/223

sprüchen der nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegen die Gesellschaft - die nach den oben gemachten Ausführungen gar nicht möglich sind - die Mitgliedschaft "erbrechtlich gesehen" zum Nachlaß zu zählen ist. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß Hueck jetzt die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft deshalb bejaht, weil er in diesem Fall die nichtnachfolgeberechtigten Miterben bezüglich der Mitgliedschaft nicht leer ausgehen lassen und ihnen Ausgleichsansprüche gegen den Gesellschafter-Miterben zugestehen will. Dabei erkennt er aber, daß für derartige Ausgleichsansprüche die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft eine notwendige Voraussetzung darstellt.

Der BGH 18) nimmt zur Eigenschaft der Gesellschafterstellung als Nachlaßgegenstand nicht ausdrücklich Stellung, ist aber bei seiner Konstruktion, um Widersprüche zu vermeiden, gezwungen, die Nachlaßzugehörigkeit abzulehnen. Wenn man davon ausgeht, daß der nachfolgeberechtigte Miterbe nur den seiner Erbquote entsprechenden Teil der Mitgliedschaft seines Erblassers in der OHG erhalten kann, und dabei richt igerweise anerkennt, daß den nichtnachfolgeberechtigten Miterben als Nichtgesellschaftern der übrige Teil der Mitgliedschaft nicht zustehen kann, jedenfalls nicht in Form eines Anteils an der Gesellschafterstellung in der OHG, dann muß man eben auch die Zugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaß als einheitlichem Vermögensgegenstand verneinen. Zumindest steht die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft im Widerspruch zu der Konstruktion des BGH für den Fall, daß dem Gesellschafter-Miterben die Gesellschafterstellung als ganze zustehen soll, wozu ja nach Ansicht des BGH ein gesellschaftsvertraglich angeordneter Ausschluß von Abfindungsansprüchen der nichtnachfolgeberechtigten Erben gegen die Gesellschaft notwendig sein soll: Wenn der BGH hier davon ausgeht, "daß für die überlebenden Gesellschafter durch Gesellschaftsver-

---

18) BGHZ 22/186

trag eine v e r t r a g l i c h e V e r p f l i c h - t u n g besteht, den ihnen beim Tode des einen Gesellschafters zugewachsenen Teil seines Gesellschaftsanteils auf den in die Gesellschaft automatisch eingetretenen Gesellschafter-Miterben zu übertragen"19), dann erwirbt der nachfolgeberechtigte Erbe einen Teil der Mitgliedschaft des Erblassers auf jeden Fall außerhalb des Nachlasses.

Demgegenüber wird von der heute wohl herrschenden Meinung angenommen, daß bei der durch die Nachfolgeklausel ermöglichten Vererbung der Mitgliedschaft einer OHG diese als gewöhnlicher Vermögensgegenstand zum Nachlaß des Erblasser-Gesellschafters gehört 20). Soweit man von einer ordentlichen Vererbung der gesamten Mitgliedschaft ausgeht, besteht auch in der Tat kein durchschlagender Grund, sie aus dem Nachlaß auszuklammern, denn kraft Erbrechts geht das ganze Vermögen des Erblassers und damit auch eine zu diesem Vermögen gehörende Gesellschafterbeteiligung an einer OHG auf den oder die Erben über. Auch vom Gesellschaftsrecht her bestehen keine Bedenken, der Gesellschafterstellung in einer Personalgesellschaft die Eigenschaft als Nachlaßgegenstand nach dem Tode des Erblasser-Gesellschafters zu versagen. Insoweit stehen weder schutzwürdige Interessen der Gesellschaft noch überwiegende gesellschaftsrechtliche Prinzipien auf dem Spiel 21). Selbst wenn man die Meinung vertritt, daß die Mitgliedschaft in einer OHG ihrer Natur nach gemäß § 717 BGB nicht übertragbar sei 22), kann man ihre Zugehörigkeit zum Nachlaß nicht leugnen: Vererblich ist die Mitgliedschaft auf jeden Fall, wenn eine Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag die Vererbungsmöglichkeit schafft, denn das ergibt sich aus dem Gesetz in § 139 HGB.

---

19) BGHZ 22/196

20) vergl. Donner in DR 43/1205, Weiler in DNotZ 52/284, Schlicht in NJW 54/985, Wolf in NJW 54/1549, Buchwald in AcP Bd. 154 S. 27, Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 20 und 24, BB 56/836, LG Bremen in NJW 54/477, Merkel in BB 56/835, Kipp-Coing: Erbrecht S. 391.

21) Wolf in NJW 54/1549

22) siehe oben auf S. 20 ff.

Auch wäre dem Zugriff der Nachlaßgläubiger ein wesentliches Vermögensobjekt des Erblassers entzogen, würde man die Mitgliedschaft in der OHG als außerhalb des Nachlasses auf den oder die Erben übergegangen betrachten.

Operiert man mit dem Institut der Sondererbfolge, wenn dem gesellschaftsvertraglich bevorzugten Miterben die Gesellschafterstellung in der OHG unmittelbar allein zustehen soll, so schließt das keineswegs aus, daß die Mitgliedschaft als Gegenstand dieser Sondererbfolge zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehört. Für die Mitgliedschaft ist lediglich das Gesamthandprinzip der Miterbengemeinschaft durchbrochen, was aber auf die Nachlaßzugehörigkeit keinen Einfluß hat. Auch bei der Sondererbfolge gibt es nur e i n e n Nachlaß, zu dem die Mitgliedschaft in der OHG gehört 23). Der Gesellschaftererbe ist durch seine Bevorzugung kraft gesellschaftsvertraglicher Anordnung seines Erblassers nicht Nebenerbe in die Mitgliedschaft geworden, sondern bleibt auch bei der Annahme einer Sondererbfolge Miterbe. Die auf den Gesellschafter-Miterben beschränkte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und die sich daraus ergebende Sondererbfolge in die Gesellschafterstellung des Erblassers hat lediglich den Zweck, einen ungeteilten erbrechtlichen Übergang der gesamten Mitgliedschaft als besonderen Nachlaßgegenstand auf den Nachfolger herbeizuführen. Die Mitgliedschaft der verstorbenen Gesellschafters in einer OHG gehört aber auf jeden Fall zu seinem Nachlaß.

2.) Was nun die A u s g l e i c h s a n s p r ü c h e der nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegen den Gesellschafter-Erben anbetrifft, so ist den Ausführungen Reinicke's 24) insoweit recht zu geben, als es bei der auf einen Erben beschränkten Nachfolgeklausel die gesellschaftsrechtlichen Belange nicht erfordern, daß der begünstigte Miterbe von "Abfindungsansprüchen" 25) gegenüber den anderen Miterben

---

23) vergl. oben auf S. 82

24) NJW 57/563

25) Um Verwechslungen auszuscheiden, ist es wohl besser, bei den Ansprüchen der Miterben untereinander von Ausgleichsansprüchen zu sprechen und den Begriff der Abfindungsansprüche auf den Fall des § 738 BGB zu beschränken.

freigestellt bleibt, selbst auf die Gefahr hin, daß der Gesellschaftsanteil des Gesellschafter-Miterben von den nichtnachfolgeberechtigten Miterben gepfändet werden kann, wenn dem Gesellschafter-Miterben die Mittel fehlen, seine Miterben abzufinden 26). Diese Belange der Gesellschaft hat das Gesetz nicht so schutzwürdig betrachtet, als daß das Interesse der Miterben, ohne besondere gesetzliche oder testamentarische Anordnung gleich behandelt zu werden, hier zurückzutreten habe. Wenn demgegenüber behauptet wird 27), dies widerspreche dem Sinn der Nachfolgeklausel, so ist das nicht richtig. Die Pfändung des Gesellschaftsanteils und die Kündigung der Gesellschaft steht jedem Gläubiger eines Gesellschafters zu, wenn er Forderungen gegen ihn hat, und nicht nur den nichtnachfolgeberechtigten Erben gegen den Gesellschafter-Miterben, wenn man ihnen Ausgleichsansprüche gegen den Bevorzugten zubilligt. Die Nachfolgeklausel hat nicht den Zweck, dem nachfolgeberechtigten Miterben einen vermögensmäßigen Mehrwert gegenüber den übrigen Erben einzuräumen, und es kann auch nicht ihre Aufgabe sein, den Bestand der OHG für immer vor jeglichem Zugriff von außen zu sichern. Sie dient lediglich der unmittelbaren Erhaltung und Fortsetzung der Mitgliedschaft und damit auch der Gesellschaft in dem Zustand, wie er bis zum Tode des Erblasser-Gesellschafters vorlag. Nur dazu ist die Beschränkung der Nachfolge auf einen Miterben erforderlich. Diese beschränkte Nachfolgeklausel ist aber nicht dazu geschaffen, den ohnehin begünstigten Nachfolger-Erben seinen Miterben gegenüber auch v e r m ö g e n s m ä ß i g z u p r i v i l e g i e r e n 28).

a) Bezüglich dieser Ausgleichsansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegen den Gesellschafter-Erben meint auch der BGH 29), daß den Gesellschafter-Miterben "im Verhältnis zu seinen Miterben eine entsprechende Aus-

---

26) Reinicke NJW 57/563
27) vergl. Zunft NJW 57/1133
28) Siebert: jur. Studiengesellschaft S. 24
29) BGHZ 22/197

gleichspflicht treffe", wenn Abschichtungsansprüche gegen die Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen seien. Diese Ausgleichspflicht ergebe sich aus dem engen Zusammenhang zwischen dem Ausschluß des Abfindungsanspruchs gegenüber den Miterben, die nicht Gesellschafter geworden sind, und dem Anspruch des Gesellschafter-Miterben gegenüber den anderen Gesellschaftern, ihm den Gesellschaftsanteil seines Erblassers im alten Umfang wieder einzuräumen, und zwar unter Berücksichtigung von T r e u u n d G l a u b e n . Der Tatsache, daß der Gesellschafter-Miterbe im Ergebnis den gesamten Gesellschaftsanteil aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung der übrigen Gesellschafter zum Teil von diesen erhalte, könne angesichts des engen Zusammenhangs dieser Regelung mit der Erbfolge keine selbständige Bedeutung beigemessen werden.

Der BGH sah sich deshalb zu dieser wenig überzeugenden Konstruktion gezwungen, weil er ja dem nachfolgeberechtigten Miterben einen Teil seiner Mitgliedschaft durch rechtsgeschäftliche Übertragung von seiten der überlebenden Gesellschafter zukommen läßt und damit die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft leugnen muß. Daraus mußte er dann auch die Folgerung ziehen, daß mangels Zugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaßvermögen eine Ausgleichung unter den Miterben nicht stattfinden kann, zumindest nicht im Rahmen des Erbrechts. Der BGH sah jetzt keine Möglichkeit, den Mehrempfang eines Miterben den anderen gegenüber erbrechtlich auszugleichen, obwohl er doch bei der Frage des Erbanfalls der Mitgliedschaft an die Miterben unter keinen Umständen von den Normen des bürgerlichen Erbrechts abweichen wollte, als er ausführte, der Gesellschafter-Miterbe könne insoweit nur das und nur soviel erlangen, wie ihm aufgrund seines Erbrechts zustehe 30). Der BGH hat sich den Weg einer e r b r e c h t l i c h e n Ausgleichung

30) BGHZ 22/195

selbst verbaut. Da er nun andererseits das erbrechtliche Ergebnis eines Ausgleichsanspruchs der übrigen Miterben gegen den Gesellschafter-Miterben für notwendig hält, mußte er zum Ersatz für die ausgeschalteten Normen des Erbrechts auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgreifen 31). Den Miterben-Gesellschafter treffe deshalb eine Ausgleichspflicht im Verhältnis zu seinen Miterben, weil zwischen dem Ausschluß von Abfindungsansprüchen für die nichtnachfolgeberechtigten und dem Anspruch des nachfolgeberechtigten Miterben gegen die überlebenden Gesellschafter auf Einräumung der ganzen Mitgliedschaft ein enger Zusammenhang bestehe 32). Das heißt doch aber, daß der Gesellschafter-Miterbe einen unberechtigten Vorteil erhält, zu dessen Ausgleichung er den andern Miterben gegenüber verpflichtet ist und bedeutet, daß der BGH wirtschaftlich und lebenswirklich eine Nachfolge in die Mitgliedschaft annimmt, wie sie sich normalerweise nur aus einem e r b r e c h t l i c h e n Übergang der ganzen Mitgliedschaft auf den Gesellschafter-Miterben erklären läßt. Wenn sich der BGH auch noch gezwungen sieht, die Diskrepanz vom Erbrecht und Gesellschaftsrecht unter Zuhilfenahme des § 242 BGB zu überbrücken, so ist das ein Grund mehr, die Konstruktion des BGH bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG von vornherein als wenig verständlich und gekünstelt abzulehnen. Jedenfalls aber ist es äußerst bedenklich, mit Hilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben die Nachlaßzugehörigkeit der ganzen Mitgliedschaft zu fingieren, um als Folge dieser Fiktion Ausgleichsansprüche unter den Miterben begründen zu können 33).

b) Auch R e i n i c k e 34) stellt die Frage, ob der begünstigte Miterbe die andern Miterben abfinden muß, weil er mehr erhält als seiner Erbquote entspricht, wenn ihm die ganze Mitgliedschaft infolge des gesellschaftsvertraglich

---

31) Siebert BB 57/20
32) BGHZ 22/196
33) Siebert a.a.O.
34) NJW 57/563

angeordneten Ausschlusses von - nach den gemachten Ausführungen gar nicht möglichen - Abfindungsansprüchen der übrigen Miterben gegen die Gesellschaft zufällt. Er geht davon aus, daß das bürgerliche Recht nicht den hier zu entscheidenden Fall kennt, daß ein Nachlaßgegenstand ausschließlich für einen der Miterben vererblich ist. Es liege also eine Lücke im Gesetz vor. Rechtskonstruktiv will Reinicke diese Lücke unter Bejahung von "Abfindungsansprüchen" der übrigen Miterben gegen den nachfolgeberechtigten mit " d e r W e r t u n g d e s § 2301 B G B " schließen. Für die Erben sei die Interessenlage dieselbe wie in dem Fall, in dem ein Dritter aufgrund eines im Gesellschaftsvertrag vorgesehen Eintrittsrechts Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters wird: Der Dritte erwerbe aber unentgeltlich von Todes wegen den Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters und er habe deshalb aufgrund der Wertung des § 2301 BGB die Erben abzufinden. Es sei aber gleichgültig, ob der Dritte den Gesellschaftsanteil kraft Eintrittsrechts oder als Miterbe automatisch mit dem Erbfall erhält.

Auch diese Konstruktion ist kaum haltbar. Abgesehen davon, daß sich ein bloßes Eintrittsrecht in die Gesellschaft und eine unmittelbare Vererbung der Mitgliedschaft einer OHG wegen der grundsätzlichen Unterschiede auf keinen einheitlichen Nenner bringen lassen 35), regelt § 2301 BGB lediglich Schenkungen von Todes wegen, also rein obligatorische Rechtsgeschäfte unter Lebenden, für die dann allerdings, soweit sie noch nicht vollzogen sind, die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden. Bei der erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG nach § 139 HGB fehlt es doch aber von vornherein an einem zwischen Erblasser und Gesellschafter-Miterben vorgenommenen Rechtsgeschäft, ganz zu schweigen davon, daß in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags etwa ein Schenkungsversprechen von Todes wegen gesehen werden könnte,

35) vergl. oben auf S. 60

durch das der Gesellschafter-Miterbe eine unentgeltliche Zuwendung erhält. Eine Mitwirkungshandlung des Gesellschafter-Miterben bei Schaffung der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag liegt jedenfalls nicht vor. Im übrigen bleibt es unklar, was Reinicke mit dem Hinweis auf "die Wertung des § 2301 BGB" bei der Begründung von Ausgleichsansprüchen verstehen will; die Vorschrift des § 2301 BGB selbst stellt jedenfalls keine derartige Ansprüche rechtfertigende Norm dar 36).

c) T i d a u 37) anerkennt ebenfalls den Gedanken der Ausgleichspflicht unter Miterben, geht aber davon aus, daß gesetzliche, erbrechtliche Ausgleichs- und Anrechnungspflichten nur in den Fällen der §§ 2050 ff, 2315 ff, 2320 ff BGB - Ausgleichung auf den Erbteil, Anrechnung auf den Pflichtteil - in Betracht kommen, daß diese Vorschriften aber im Falle der Vererbungsklausel unmittelbar keine Anwendung finden können. Er fragt jedoch, inwieweit sich wenigstens der Gedanke der vorstehenden Bestimmungen auf den Fall der Vererbung der Mitgliedschaft auf einen einzelnen Miterben übertragen läßt, und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß eine entsprechende Anwendung der Ausgleichs- bzw. Anrechnungsbestimmungen der §§ 2050 ff, 2315 ff BGB möglich sei.

Eine R e c h t s a n a l o g i e in diesem Sinne ist jedoch nicht vertretbar. Die Interessenlage bei der Vererbung der Mitgliedschaft einer OHG hat mit den Tatbeständen der Ausgleichsvorschriften der §§ 2050 ff, 2315 ff BGB nicht die Gemeinsamkeiten, die für eine analoge Anwendung dieses Ausgleichsgedankens auf den hier zu entscheidenden Fall notwendig sind. Die genannten Ausgleichsvorschriften beziehen sich auf Vorempfänge, die Abkömmlinge, welche als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, bzw. Pflichtteilsberechtigte zu L e b z e i t e n d e s E r b l a s s e r s von diesem erhalten haben.

---

36) Tidau in MDR 57/642, Zunft in NJW 57/1133
37) in MDR 57/642

Im Falle der erbrechtlichen Nachfolge in die Gesellschafterstellung des Erblassers erhält der begünstigte Miterbe die Mitgliedschaft dagegen erst mit dem Eintritt des Erbfalls; er erwirbt also m i t d e m T o d e d e s E r b l a s s e r s . Infolgedessen gehört ja auch die Mitgliedschaft in einer OHG zum Nachlaß des Gesellschafter-Erblassers 38). Die zwischen Miterben ausgleichspflichtigen Zuwendungen können aber niemals in den Nachlaß fallen, weil sie nach den genannten Vorschriften zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen sind. Diese grundlegenden Unterschiede lassen eine analoge Anwendung der Ausgleichsvorschriften der §§ 2050 ff, 2315 ff BGB auf die Ansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Erben gegen ihren Gesellschafter-Miterben nicht zu.

d) Deshalb wird auch angenommen 39), daß k e i n e A u s g l e i c h s p f l i c h t des bevorzugten Nachfolger-Erben den übrigen Miterben gegenüber besteht, weil die gesetzliche Möglichkeit derartiger Ausgleichs- und Anrechnungsansprüche auf die Fälle der §§ 2050 ff, 2315 ff, 2320 ff BGB beschränkt sei, womit aber der Erwerb des Gesellschaftsanteils durch den Nachfolger-Miterben nichts zu tun habe. Eine Norm für Ausgleichsansprüche unter den Miterben sei nicht vorhanden. Auch dürfte es dem Willen eines vollkaufmännischen Erblassers entsprechen, so wird argumentiert, wenn der Gesellschafter-Miterbe - ebenso wie bei der Zuwendung eines größeren Erbanteils - den ganzen Gesellschaftsanteil und a u ß e r d e m seinen gesetzlich oder testamentarisch vorgesehenen Erbteil am übrigen Erblasservermögen erhält.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß der Erblasser-Gesellschafter bei der Schaffung einer Nachfolgemöglichkeit im Gesellschaftsvertrag und der damit möglichen Vererbung der Mitgliedschaft in der OHG doch wohl in erster Linie an seine Erben gedacht hat und sich erst an zweiter Stelle

---

38) vergl. oben auf S. 118

39) Lauft in NJW 57/1133

von kaufmännischen Gesichtspunkten hat leiten lassen. Mindestens aber wird ein gewissenhafter Gesellschafter für den Fall seines Todes seine Stellung als Erblasser seinen Erben gegenüber u n d seine Stellung als Gesellschafter in Bezug auf die OHG und seine Mitgliedschaft darin gebührend gegeneinander abwägen; er wird also bei der Schaffung der Nachfolgeklausel sowohl von kaufmännischen als auch von familiär erbrechtlichen Motiven ausgehen. Tut er das aber, so steht auf der einen Seite der Gedanke, die Gesellschaft nach seinem Tode in genau derselben Weise fortgesetzt zu wissen, wie sie zu seinen Lebzeiten bestand, nämlich mit der gleichen Gesellschafterzahl und den gleichen Anteilen, Rechten und Pflichten an der OHG. Auf der anderen Seite wird er jedoch als wohlwollender und verantwortungsbewusster Erblasser keinen einzelnen Erben bevorzugen, sondern wird jedem seiner Erben den ihm zugedachten Erbteil zukommen lassen wollen. Daß sich das kaufmännisch-gesellschaftsrechtliche Ziel nur durch eine auf einen einzelnen Erben beschränkte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und die sich daraus ergebende Sondererbfolge in die Mitgliedschaft erreichen läßt, wurde eingehend erörtert. Will man aber auch ein erbrechtlich befriedigendes Ergebnis bei der Nachfolge eines Einzelerben in die Gesellschafterstellung einer OHG erzielen, so kann das nur dadurch erreicht werden, daß man den nichtnachfolgeberechtigten Miterben Ausgleichsansprüche gegen den Gesellschafter-Miterben einräumt, wenn dieser mit der Mitgliedschaft in der OHG mehr erhält, als ihm aufgrund seines Erbteils zusteht. Daß für den Erblasser hier ein wirklich schwieriger Gewissenskonflikt besteht zwischen dem gesellschaftlichen Interesse an der Fortführung der OHG, das eine gewisse Bevorzugung des Nachfolger-Miterben unumgänglich macht, und dem erbrechtlichen Interesse aller Miterben, soll dabei nicht verkannt werden, vor allem wenn die Mitgliedschaft in der OHG den ganzen oder doch einen erheblichen Teil des Nachlasses des Gesellschafter-Erblassers ausmacht.

e) Wenn aber festgestellt wird, es fehle an einer Norm für derartige Ausgleichsansprüche unter den Miterben, so ist das durchaus richtig. Eine spezielle Vorschrift für eine Ausgleichung ist in unserem Erbrecht in der Tat nicht vorhanden. Eine Ausgleichung unter Miterben ergibt sich jedoch aus dem allgemeinen R e c h t s g e d a n k e n d e r G l e i c h b e h a n d l u n g der Erben innerhalb einer Erbengemeinschaft, daß jeder Miterbe bei der Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft über das Nachlaßvermögen des Erblassers den ihm zugedachten Erbteil erhält. Die einzelnen Nachlaßgegenstände sind dabei nach Gemeinschaftsrecht unter den Miterben aufzuteilen 40). Da nun aber eine Realteilung einzelner Nachlaßgegenstände nicht immer möglich ist, ordnet § 753 BGB die Versilberung der unteilbaren Nachlaßobjekte durch Pfandverkauf der beweglichen Sachen bzw. durch Zwangsversteigerung der Grundstücke und die Teilung des gemachten Erlöses an. Um nun zu verhindern, daß dadurch Wirtschafts- oder sonstige sinnvolle Einheiten wie Unternehmen, Bibliotheken, Sammlungen aus dem Familienbesitz kommen und vielleicht sogar auf diese Weise zerstört werden 41), sind die Miterben meist so einsichtig, der Zuteilung eines solchen unteilbaren Nachlaßgegenstandes an einen Miterben zuzustimmen. Dabei ist es selbstverständlich, daß der Miterbe, der dadurch einen Nachlaßgegenstand erhält, von dem ihm eigentlich nur ein seiner Erbquote entsprechender Teil des Verkaufs- bzw. Versteigerungserlöses zustehen würde, sich den Wert dieses Gegenstandes bei der Feststellung seines Erbteils anrechnen lassen muß.

Ähnlich liegt der Fall beim Vermögen eines Erblassers, der zugleich Gesellschafter einer OHG war und der die Mitgliedschaft in der OHG durch eine beschränkte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag lediglich für e i n e n Miterben vererblich gestaltet hat. Durch diese Nachfolgeklausel ist

---

40) § 2042 II BGB

41) vergl. Bartholomeyczik: Erbrecht S. 222

der übernehmende Miterbe des unteilbaren Nachlaßgegenstandes der Mitgliedschaft in der OHG bereits bestimmt. D e r W e r t aber der zum Nachlaß gehörenden Mitgliedschaft muß bei der Auseinandersetzung zwischen den Miterben b e r ü c k s i c h t i g t w e r d e n , so daß sich der nachfolgeberechtigte Miterbe bei der Feststellung dessen, was er aus dem Nachlaß erhält, den Wert der ihm allein zustehenden Mitgliedschaft anrechnen lassen muß 42). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Ausgleichung lediglich aus dem übrigen Nachlaß des Erblasser-Gesellschafters erfolgt - soweit dieser dazu ausreicht -, oder ob die Mitgliedschaft in der OHG den überwiegenden Teil des Vermögens des Erblassers ausmacht, so daß der Gesellschafter-Miterbe verpflichtet ist, Ausgleichszahlungen in Geld an die übrigen Miterben zu leisten und zwar so lange, bis die Erbquote der nichtnachfolgeberechtigten Miterben wertmäßig erfüllt ist 43). A u s g l e i c h s a n s p r ü c h e der nichtnachfolgeberechtigten Miterben gegen den Gesellschafter-Miterben sind also auf jeden Fall g e g e b e n .

f) Geht man bei der Vererbung der Mitgliedschaft einer OHG von dem Gedanken einer Sondererbfolge aus, so finden sich für diese Ausgleichsansprüche gegen den Nachfolger-Miterben wieder die Parallelen zu den Regelungen der Sondererbfolgen im Landwirtschafts- und Heimstättenrecht.

Nach Reichserbhofgesetz beschränkt sich das Recht der nicht als Anerben berufenen Abkömmlinge am Nachlaß des Erblassers ausschließlich auf das erbhoffreie Vermögen: Der Anerbe ist Alleinerbe des Erbhofs, während das außer dem Erbhof vorhandene Vermögen sich nach den Vorschriften des allgemeinen Erbrechts vererbt 44). Der Erbhof bleibt bei der

---

42) vergl. Siebert in BB 56/839, Hueck: Recht der OHG S. 266, JZ 57/223, Bartholomeyczik: Erbrecht S. 199. Auch Liebisch in ZHR Bd. 116 S. 150 konstruiert einen Ausgleichsanspruch der übrigen Miterben gegen den Nachfolger-Miterben mit der Begründung, die Mitgliedschaft sei zwar kein gemeinsamer Nachlaßgegenstand, aber sie gehöre doch zur Erbschaft, und unter den Miterben müsse eine Ausgleichung stattfinden, wenn sie nach dem Gesellschaftsvertrag nur einem von ihnen zufällt.

43) Siebert BB 56/839

44) vergl. §§ 19 II, 33 REG

Berechnung des Werts des Erbteils und Pflichtteils außer Betracht 45). In Überbetonung des Grundsatzes, "die Bauernhöfe vor Überschuldung und Zersplitterung zu schützen und sie dauernd als Erbe der Sippe in der Hand freier Bauern zu erhalten" 46), hat das REG Ansprüche der weichenden Erben gegen den Anerben abgelehnt und ihnen lediglich eine den Kräften des Hofs entsprechende Erziehung, Berufsausbildung und Ausstattung aus Mitteln des Hofs und ein Heimatzufluchtsrecht gewährt, falls sie unverschuldet in Not geraten waren.

Demgegenüber sind nach HöfeO 47) die nicht Hoferbe werdenden Miterben dadurch am Hof beteiligt, daß sein Wert bei der Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen allen Miterben in Anrechnung gebracht wird. Sie können am Hof selbst zwar niemals Eigentum oder auch nur Miteigentum erwerben, erhalten aber trotzdem den ihrer Erbquote entsprechenden Anteil am Hof durch Anrechnung seines Geldwerts bei der Auseinandersetzung, wobei das Gesetz hier ausdrücklich einen Anspruch in Geld bestimmt. Auch nach Heimstättenrecht 48) ist die Heimstätte bei der Erbauseinandersetzung und Berechnung der Erbteile der Miterben anzurechnen, so daß für die übrigen Miterben ein Ausgleichsanspruch gegen den Heimstättenfolger entsteht.

Bei dem Interessenwiderstreit der Grundsätze der Erhaltung lebensfähiger Wirtschaftseinheiten einerseits und der Gleichbehandlung der Miterben andererseits hat also die Höfe-Ordnung und das Heimstättenrecht den Gleichbehandlungsgrundsatz in größtmöglichem Umfang berücksichtigt. Das Reichserbhofgesetz, das dem Gedanken des Schutzes der Bauerngüter vor Überschuldung und Zersplitterung den Vorrang eingeräumt hat, hat dagegen dem Grundsatz der Gleich-

---

45) RGZ 155/387

46) vergl. Vorspruch zum REG

47) §§ 4 II, 12 HöfeO

48) vergl. § 24 RHStG und §§ 25,26,29,31 AVO zum RHStG

behandlung der Miterben lediglich in Form der Erziehungs- und Ausstattungsansprüche und des Heimatzufluchtsrechts Ausdruck verliehen. Jedenfalls aber hat der Grundsatz der Gleichbehandlung der Miterben in den Rechtsgebieten, in denen das erbrechtliche Institut der Sondererbfolge geltendes Recht war oder noch ist, Ausgleichsansprüche der nichtnachfolgeberechtigten Miterben in mehr oder weniger starker Form gegen den Sonderrechtsnachfolger entstehen lassen.

Zusammenfassende Schlußbemerkung

Im Vorstehenden sind die Möglichkeiten der Regelung der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG nach dem Tode eines Gesellschafters aufgezeigt und die sich dabei ergebenden Schwierigkeiten und Probleme erörtert worden. Die Ausführungen wollen nicht für sich in Anspruch nehmen, die Streitfragen der Konkurrenz von Gesellschaftsrecht und Erbrecht vollständig behandelt zu haben; sie können auch eine endgültige Lösung nicht darstellen. Die ganze Arbeit soll aber ein Beitrag sein zur Lösung der Kollision zweier Rechtsgebiete, deren Normen nicht genügend aufeinander abgestimmt sind. Wenn dabei versucht wurde, die Schwierigkeiten und Probleme aus dem B l i c k w i n k e l d e r b e t e i l i g t e n E r b e n unter möglichster Zugrundelegung ihrer Interessen zu würdigen, so deshalb, weil gerade sie von der Lösung der Kollision von Erb- und Gesellschaftsrecht besonders getroffen werden und ihre Stellung vom Ergebnis der dogmatischen Streitfragen nicht unwesentlich beeinflußt wird.

Die ganzen Schwierigkeiten und Gefahren, die sich aus dem Zusammenprall der beiden Rechtsgebiete Erbrecht und Gesellschaftsrecht, insbesondere für die Stellung von Miterben bezüglich der Mitgliedschaft in der OHG, ergeben, lassen sich vermeiden, oder doch wenigstens auf ein Mindestmaß beschränken, wenn die Praxis s c h o n v o r E i n t r i t t des Nachfolgefalles die notwendige Sorgfalt walten läßt: Bei der Schaffung der Gesellschaftsverträge, besonders aber bei einer Vertragsklausel, die die Möglichkeit einer Nachfolge in die Mitgliedschaft vorsieht, ist gewissenhaft darauf zu achten, daß diese Nachfolgeklausel so gut wie nur möglich mit den erbrechtlichen Gegebenheiten im Todesfall eines Gesellschafters übereinstimmt. Natürlich

wird sich diese Übereinstimmung angesichts der vielgestaltigen, im voraus nicht übersehbaren Veränderungen des Lebens selten verwirklichen lassen. Daher kann den Beteiligten nicht eindringlich genug geraten werden, die Nachfolgeklausel durch eine genau angepaßte Verfügung von Todes wegen zu ergänzen. Mit Hilfe einer Verfügung von Todes wegen nämlich, die sich mit der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags einer OHG deckt, läßt sich nach entsprechender Auslegung der zugrundeliegende Wille der Beteiligten verwirklichen, ohne daß es zu Kollisionen der beiden Rechtsgebiete Erbrecht und Gesellschaftsrecht kommt. Die Beteiligten selbst haben es auf diese Weise in der Hand, den Zusammenprall, das Überschneiden und das Ineinandergreifen der beiden nicht genügend aufeinander abgestimmten Rechtsgebiete zu vermeiden und eine reibungslose Nachfolge in die Mitgliedschaft und in den übrigen Nachlaß nach dem Tode eines Gesellschafters herbeizuführen.

Lebenslauf

Am 12. Juni 1935 wurde ich, Heinz Paul Weißer, in Stuttgart als Sohn des Kaufmanns Paul Weißer und seiner Ehefrau Rosel geb. Decker geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach vierjähriger Grundschulzeit besuchte ich von 1945 bis 1951 die Oberschule in Fellbach. Nach der mittleren Reife wechselte ich an das Johannes-Kepler-Gymnasium in Stuttgart-Bad Cannstatt, wo ich am 13. Februar 1954 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1954 begann ich meine Studien der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Das Sommersemester 1956 absolvierte ich an der Universität Hamburg. Nach 7 Semestern bestand ich am 12. Dezember 1957 die 1. juristische Staatsprüfung an der Universität Tübingen.

Seit 1. Januar 1958 war ich als Gerichtsreferendar im baden-württembergischen Vorbereitungsdienst tätig. Am 11. Januar 1962 legte ich vor dem Justizprüfungsamt des Justizministeriums Baden-Württemberg die 2. juristische Staatsprüfung ab.